



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců Mgr. Petra Šuránka a Mgr. Radovana Havelce v právní věci žalobce: **Statutární město Ústí nad Labem**, se sídlem Velká Hradební 8, Ústí nad Labem, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 3. 2014, č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-5568/2014/310/BV, o kasačních stížnostech žalovaného a žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 3. 2016, č. j. 31 Af 38/2014 - 57,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost žalobce **se odmítá.**
- II. Kasační stížnost žalovaného **se zamítá.**
- III. Žádnému z účastníků **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasačních stížnostech.

O d ů v o d n ě n í :

Rozhodnutím ze dne 2. 10. 2013, č. j. ÚOHS-S101/2013/VZ-18959/2013/522/ZPr, rozhodl žalovaný o tom, že se žalobce dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 167/2012 Sb. (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a to tím, že: 1) nestanovil přepokládanou hodnotu veřejné zakázky vyplývající ze smlouvy označené jako „Mandátní smlouva uzavřená na základě usnesení RM č. 313/12 ze dne 21. 6. 2012“, kterou žalobce uzavřel dne 2. 7. 2012 se společností RESPECT, a.s., IČ 25146351, se sídlem Pod Krčským lesem 2012/22, Praha (dále jen „RESPECT“), v souladu s ustanovením § 13 odst. 2 zákona o

veřejných zakázkách, a když v rozporu s § 21 téhož zákona nezadal tuto veřejnou zakázku (dále též „veřejná zakázka na administraci“) v některém z druhů zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce již uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem, a tím, že 2) v rozporu s § 6 a § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách se nechal v zadávacím řízení veřejné zakázky „Pojištění majetku, pojištění odpovědnosti za škodu a pojištění vozidel Statutárního města Ústí nad Labem“ (dále též „veřejná zakázka na pojištění“) zastoupit osobou, která ve vztahu k předmětné veřejné zakázce nesplňovala požadavky nepodjatosti podle § 74 odst. 7 téhož zákona, čímž se stal postup žalobce v zadávacím řízení netransparentní, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za oba uvedené delikty byla žalobci uložena pokuta ve výši 300.000,- Kč.

Žalobce podal proti rozhodnutí žalovaného rozklad, který však předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 17. 3. 2014, č. j. ÚOHS-R340/2013/VZ-5568/2014/310/BVÍ (dále jen „napadené rozhodnutí“), zamítl, a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

Následně brojil proti napadenému rozhodnutí žalobce žalobou u Krajského soudu v Brně, jenž rozsudkem ze dne 6. 12. 2012, č. j. 62 Af 66/2011-91 (dále jen „napadený rozsudek“), rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

V první řadě se krajský soud zabýval otázkou předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zatímco žalobce vycházel při stanovení této hodnoty z částky odměny společnosti RESPECT za administraci veřejné zakázky na výběr pojistitele, která byla ujednána ve výši 15.000,- Kč, žalovaný v napadeném rozhodnutí považoval s odkazem na rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 11. 8. 2009, č. j. 62 Ca 30/2008-190, a ze dne 16. 5. 2013, č. j. 62 Af 73/2011-210, za nezbytné do této hodnoty započíst i očekávanou výši provize, kterou společnost RESPECT, jakožto pojišťovací makléř, z posléze uzavřených pojistných smluv získá od vybraného pojistitele. Krajský soud dospěl k závěru, že skutkové okolnosti nyní posuzovaného případu se odlišují od případů řešených v rozsudcích, z nichž vycházel žalovaný. Ve srovnávaných případech byl vybírán přímo pojišťovací makléř, který následně vybíral pro zadavatele poskytovatele pojištění, přičemž jako pojišťovací makléř byl zainteresován na výběru konkrétní pojišťovny s ohledem na provizi, kterou od ní mohl potenciálně získat. V nynější situaci je ale jediným společným znakem poskytnutí provize následně vybranou pojišťovnou (Česká pojišťovna a.s.), nicméně žádná ze stran nezpochybnila podle krajského soudu zcela zásadní skutečnost, že společnost RESPECT se v tomto případě na výběru uchazeče nepodílela a ani nebylo tvrzeno, že by tato společnost „ušila“ zakázku na míru ve prospěch pojišťovny, pro niž následně připravovala nabídku do veřejné zakázky. Zatímco v dříve rozhodovaných věcech byl pojišťovací makléř ve vztahu k oběma stranám veřejné zakázky, byl zainteresován na výsledku a mohl osobně ovlivnit výběr a v konečném důsledku i výhodnost zakázky, v této věci existovaly zjevně dva samostatné vztahy, a to jeden spojený s administrací veřejné zakázky mezi žalobcem a společností RESPECT a druhý mezi úspěšným uchazečem a společností RESPECT. Jestliže společnost RESPECT neměla podíl na rozhodování rozhodovací komise a ani neměla přístup ke konkurenčním nabídkám, nemohla ovlivnit nijak jinak, než případným nastavením podmínek veřejné

pokračování

zakázky (což ale žalovaný ani správní orgán prvního stupně netvrdili), výběr nejvhodnější nabídky. Jestliže výše provize ani její poskytnutí nemělo přímou souvislost se získáním veřejné zakázky prostřednictvím společnosti RESPECT, pak nedává žádný racionální smysl započítávání provize do hodnoty veřejné zakázky, v níž byl vybírán administrátor veřejné zakázky na pojišťovací služby, který nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pro stanovení hodnoty veřejné zakázky na výběr administrátora je tak podle krajského soudu podstatná pouze smlouva mezi žalobcem a společností RESPECT, ze které vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu.

Pokud jde ovšem o druhý ze skutků, krajský soud závěry žalovaného potvrdil. Z obsahu smlouvy uzavřené mezi žalobcem a společností RESPECT dovodil, že tato společnost vystupovala při administraci veřejné zakázky na výběr pojistitele v pozici zástupce zadavatele, a proto se na ni ve smyslu § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách vztahoval požadavek nepodjatosti podle § 74 odst. 7 téhož zákona. Ten však nebyl splněn, neboť společnost RESPECT v době administrace veřejné zakázky pro vítěznou pojišťovnu na základě vzájemných smluvních vztahů působila jako pojišťovací agent, byla jí pověřena zpracováním podkladů pro veřejnou zakázku na výběr pojistitele a následně jí za uzavření smlouvy byla pojišťovnou vyplacena provize. I když soud pomine otázku osobních výhod a osobního zájmu na výsledku s ohledem na to, že společnost RESPECT nemohla ovlivnit výsledek hodnocení nabídek, zjevně byl porušen zákaz podílení se na zpracování nabídky a zákaz existence osobního, pracovního či jiného obdobného poměru k uchazeči o veřejnou zakázku. To, zda tím reálně došlo k ovlivnění soutěže, již rozhodující není.

Proti tomuto rozsudku podali žalobce i žalovaný kasační stížnost. Žalobce ve své kasační stížnosti z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb. soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) brojil proti té části odůvodnění napadeného rozsudku, v níž krajský soud shledal, že se dopustil druhého ze sankcionovaných skutků, spočívajícího v administraci zakázky na výběr pojistitele podjatým zástupcem. Zdůrazňoval, že společnost RESPECT je odměňována vybranou pojišťovnou na základě toho, že byla z její strany následně po uzavření pojistné smlouvy pověřena poskytováním klientského servisu pro žalobce. Dále žalobce namítal, že společnost RESPECT není jako pojišťovací agent registrována a že je pojišťovacím agentem i ve vztahu k druhému z uchazečů o veřejnou zakázku. Namítal též nesprávnost skutkových zjištění a řadu dalších dílčích pochybení. Na základě své argumentace žalobce navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a s odpovídajícím závazným právním názorem věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

Žalovaný podává kasační stížnost formálně z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. Předně namítá s odkazem na judikaturu zdejšího soudu nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů, kterou spatřuje v tom, že krajský soud nijak nevysvětlil svůj závěr, že výše provize ani její poskytnutí nemělo přímou souvislost se získáním veřejné zakázky na pojištění prostřednictvím společnosti RESPECT. Není ani jasné, z jakých skutkových zjištění podložených důkazními prostředky má vyplývat závěr krajského soudu, že provizi za získání veřejné zakázky na pojištění společnost RESPECT obdržela za přípravu nabídky do této soutěže. Podle žalovaného v odůvodnění napadeného rozsudku absentují také důvody, jež by podporovaly závěr krajského soudu o neaplikovatelnosti jeho rozsudků ze dne 11. 8. 2009,

č. j. 62 Ca 30/2008-190, a ze dne 16. 5. 2013, č. j. 62 Af 73/2011-210, na tuto věc, a závěrečný závěr, že v případě zadání administrace se jednalo o zakázku malého rozsahu.

Dále pak považuje závěr krajského soudu, že výše provize ani její poskytnutí neměly přímou souvislost se získáním veřejné zakázky na administraci, za nesprávný právní závěr. Poukazuje na to, že podle vyjádření České pojišťovny byla za uzavření smlouvy a dále za pojistné plnění z její strany vyplacena společnosti RESPECT odměna na základě smluvních vztahů uzavřených mezi nimi již před zahájením výběrového řízení na administraci. Ze smluv uzavřených mezi nimi v roce 2002 a 2008 přitom vyplývá právo RESPECT na 18 % provizi z ročního pojistného. Záměr provádět výkon části činnosti z oblasti péče o klienta za použití pojišťovacího agenta (RESPECT) pak Česká pojišťovna oznámila žalobci až po uzavření smluv na plnění veřejné zakázky na pojištění. Provize společnosti RESPECT vyplývá podle žalovaného ze samotného získání veřejné zakázky na pojištění, nikoliv až z činnosti, kterou RESPECT vykonává pro Českou pojišťovnu následně po uzavření pojistných smluv, protože k pověření touto činností došlo až po uzavření pojistných smluv, tato činnost nevedla k uzavření pojistných smluv a zároveň protože výše provize je odvislá od výše pojistného plnění sjednaného v pojistných smlouvách. Vztah mezi provizí a uzavřením smluv na základě veřejné zakázky na pojištění je tedy dán, přičemž provize, kterou společnost RESPECT od České pojišťovny obdržela, je vyplácena z pojistného, které České pojišťovně platí žalobce na základě smluv uzavřených na základě veřejné zakázky na pojištění. Podle žalovaného tak krajský soud měl vycházet z toho, že je prokázán tok finančních prostředků společnosti RESPECT od žalobce (zadavatele) jak ve formě odměny za administraci zadávacího řízení, tak ve formě provize, kterou jí sice vyplácí Česká pojišťovna (úspěšný uchazeč), ovšem podílem ve výši 18 % z pojistného placeného České pojišťovně žalobcem. Žalobce za těchto okolností byl podle žalovaného povinen tuto případnou odměnu započíst do předpokládané hodnoty veřejné zakázky na administraci, neboť předem v této veřejné zakázce nevyločil účast pojišťovacích zprostředkovatelů a agentů, a mohl se tak důvodně domnívat (s ohledem na specifika veřejných zakázek na pojišťovací služby), že uchazeč vybraný v tomto výběrovém řízení může být ve smluvním vztahu s některou pojišťovnou jako osoba poskytující zprostředkovatelské služby, a že mu proto bude náležet odměna ve formě provize. Tomuto závěru podle žalovaného nahrává i to, že společnost RESPECT má smluvně zajištěnu spolupráci nejen s Českou pojišťovnou, ale i s dalšími pojišťovnami, takže by provizi obdržela i v případě výběru jiného uchazeče. Na základě výše uvedeného proto i žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

K problematice rozporované žalovaným se vyjádřil žalobce tak, že se s názorem krajského soudu ztotožnil a zopakoval, že předpokládanou hodnotu zakázky na administraci stanovil s přihlédnutím k situaci na trhu podobných komodit částkou ve výši 20.000,- Kč bez DPH, což nutně znamená, že se jednalo o tzv. zakázku malého rozsahu. Provize do její hodnoty zahrnuta být nemohla, neboť v době administrace na ni nikomu nárok nevznikl a nemohla být ani nikomu vyplacena, protože odměna náleží toliko pojišťovacímu makléři, který je ve smluvním vztahu se zájemcem o pojištění, a žalobce se žádným pojišťovacím makléřem v té době neměl uzavřenou smlouvu. Žalobce také zdůraznil, že vypsáním veřejné zakázky na pojištění a uzavřením pojistných smluv dosáhl

pokračování

výrazné úspory veřejných prostředků, která za dobu sjednané účinnosti těchto pojistných smluv činí již téměř 10 milionů Kč.

Ke kasační stížnosti žalobce žalovaný uvedl, že se v hojné míře opírá o skutečnosti, které již žalobce uváděl ve správním řízení i v řízení před krajským soudem a které jsou již řádně vypořádány v odůvodnění vydaných rozhodnutí. Zopakoval, že již samotná skutečnost, že společnost RESPECT byla současně administrátorem veřejné zakázky na pojištění a zároveň ve smluvním vztahu s vybraným uchazečem, vedla k pochybnostem, zda tato společnost nemá zájem na výsledku zadávacího řízení, a znamenala porušení § 74 odst. 7 ve spojení s § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. V dané souvislosti přitom je nerozhodné to, zda tato společnost byla výhradním pojišťovacím agentem, postačovalo to, že Česká pojišťovna jako uchazeč byla jejím dlouholetým smluvním partnerem.

Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti obou kasačních stížností a konstatuje, že kasační stížnosti byly podány včas, osobami oprávněnými, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a za oba stěžovatele v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. jedná zaměstnanec s vysokoškolským právnickým vzděláním.

Nejvyšší správní soud však současně musel konstatovat, že kasační stížnost žalobce je nepřipustná podle § 104 odst. 2 s. ř. s., neboť směřuje pouze proti důvodům napadeného rozsudku. Jak uvádí i sám žalobce, krajský soud napadeným rozsudkem k jeho žalobě napadené rozhodnutí zrušil, tedy vyhověl jeho žalobnímu požadavku (petitu). To, že žalobce není spokojen se způsobem, jakým je zpracováno odůvodnění napadeného rozsudku, není v tomto směru významné. V tomto směru byla judikatura Nejvyššího správního soudu ustálena usnesením rozšířeného senátu ze dne 1. 7. 2015, č. j. 5 Afs 91/2012-41, který dospěl k následujícímu závěru: „Kasační stížnost podaná účastníkem, který byl v řízení před krajským soudem procesně úspěšný a který nenamítá, že krajský soud měl výrokem ve věci rozhodnout jinak, je podle § 104 odst. 2 s. ř. s. nepřipustná.“ Protože žalobce souhlasí se zrušením napadeného rozhodnutí a polemizuje pouze s částí argumentace v odůvodnění zrušujícího rozsudku krajského soudu, jeho kasační stížnost není přípustná, a proto ji Nejvyšší správní soud bez dalšího odmítl.

Poté se Nejvyšší správní soud zabýval důvodností přípustné kasační stížnosti žalovaného, a to v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.). Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti. Samotnou kasační stížnost však Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou.

Předně zdejší soud neshledává napadený rozsudek nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů. Byť žalovaný odkazuje na četnou judikaturu a dokonce cituje z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, publikovaného pod č. 689/2005 Sb. NSS, požadavek, podle něž z odůvodnění rozhodnutí musí být vždy patrné, proč soud nepovažoval za důvodnou argumentaci uplatněnou účastníkem v průběhu soudního řízení, své konkrétní námitky, jež mu neměly být zodpovězeny, nijak nespecifikuje. Poukazuje pouze na několik dílčích skutečností, které jsou mu nejasné, nicméně Nejvyšší správní soud je má za zodpovězené do té míry, že mu nebrání v přezkumu napadeného rozsudku. Napadený rozsudek totiž (kromě toho, že na

argumenty účastníků řízení reagoval) dostatečně vysvětlil své skutkové závěry i právní názor, který na jejich základě zastává (viz stručná rekapitulace napadeného rozsudku shora), přičemž jasně vymezil odlišnosti aktuálního případu od skutkových okolností, z nichž vycházela jeho dřívější judikatura. Z napadeného rozsudku pouze není zřejmé, jak krajský soud ve schématu vztahů zobrazeném v rámci odůvodnění dospěl k tomu, že provize společnosti RESPECT je platbou České pojišťovny za přípravu nabídky pro veřejnou zakázku na pojištění, nicméně na této otázce závěr napadeného rozsudku nestojí a ani případná nepodloženost či nesprávnost této dílčí úvahy nemá na výsledek řízení vliv.

Krajský soud z hlediska možnosti zahrnutí budoucí provize společnosti RESPECT do předpokládané hodnoty veřejné zakázky na administraci považoval za rozhodující skutečnost, zda byl (tak jako v dříve judikovaných případech) vybírán uchazeč (pojišťovací makléř), u nějž bylo možné očekávat vztah k oběma stranám následně veřejné zakázky na pojištění a s ním spjatý osobní zájem na výsledku výběru, který by přitom mohl osobně ovlivnit výběr pojistitele a v konečném důsledku i výhodnost zakázky.

Tím navázal na svou dosavadní rozhodovací činnost představovanou především rozsudkem ze dne 11. 8. 2009, č. j. 62 Ca 30/2008-190, v němž Krajský soud v Brně v souvislosti s „bezplatnou“ veřejnou zakázkou za účelem výběru makléřské společnosti, která by statutárnímu městu Opava coby zadavateli zajistila jeho komplexní pojistnou ochranu, konstatoval: *„Žalovaný správně vychází z toho, že zadavatel tu kontrahoval plnění úplatné, když v prvostupňovém rozhodnutí uvádí, že zadavateli ze smlouvy sice nemusí vzniknout přímý peněžitý závazek zadavatele vůči dodavateli, avšak fakticky jde o úplatné poskytování služeb ve prospěch zadavatele, pouze odměna je konstruována formou provize (...). Správný je také závěr, podle něhož je za tohoto stavu pro určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky rozhodující výše provize, kterou makléř obdrží, a to bez ohledu na to, od koho (...), a že je tedy určující údaj o maximální výši provize, tj. 15% z pojistného (...).“* Kasační stížnost proti tomuto rozsudku následně zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009-275, publikovaným pod č. 2495/2012 Sb. NSS (rozsudky správních soudů jsou dostupné na www.nssoud.cz), přičemž vlastní otázka nutnosti zahrnout očekávanou provizi do předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebyla již účastníky řízení zpochybňována a předmětem sporu byla v tomto směru pouze navazující otázka způsobu výpočtu provize.

Podrobněji se k této otázce Krajský soud v Brně vyslovil v rozsudku ze dne 16. 5. 2013, č. j. 62 Af 73/2011-210, proti němuž kasační stížnost podána nebyla. Zde v souvislosti s veřejnou zakázkou ČEZ, a.s., na výběr poradce a pojišťovacího makléře při výstavbě nového jaderného zdroje krajský soud učinil následující úvahu: *„Ve smlouvě uzavřené mezi zadavatelem a dodavatelem na plnění zakázky je (...) dodavateli výslovně zakázána jakákoli další odměna od třetích osob v souvislosti s plněním zakázky podle smlouvy. Z uvedeného plyne, že oproti plnění dodavatele je v rámci veřejné zakázky poskytováno protiplnění toliko zadavatelem, z něhož zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel. Pak tedy předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tvoří skutečně pouze částky placené zadavatelem a nikoli další platby od pojišťoven či zajišťoven podle § 8 odst. 4 zákona č. 38/2004 Sb., o pojišťovacích zprostředkovatelích a samostatných likvidátorech pojistných událostí a o změně živnostenského zákona, jak namítá žalobce. Žalovaný tedy nepochybil, pokud mj. na základě smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem shledal, že nebylo*

pokračování

důvodu do předpokládané hodnoty veřejné zakázky zahrnovat i platby od samotných pojišťoven či zajišťoven, jsou-li takové platby smlouvou vyloučeny a nelze-li je tedy nad rámec plnění od samotného zadavatele vůbec realizovat. (...) Vyloučení plateb ve formě provizí je z pohledu korektnosti postupu zadavatele ostatně jedinou formou, jak zabránit, aby dodavatel ze smlouvy uzavřené v právě posuzované věci vyvíjel činnost zároveň pro zadavatele i pro pojišťovny ucházející se o samotné pojištění stavby elektrárny.“

Citovaná judikatura vykládá ustanovení § 13 zákona o veřejných zakázkách, podle jehož odst. 1 se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty. Odst. 2 téhož ustanovení pak ukládá zadavateli předpokládanou hodnotu stanovit v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje, stanoví předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem. Pro stanovení výše předpokládané hodnoty je rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění.

Z dalších odstavců § 13 zákona o veřejných zakázkách je přitom patrné, že zákonodárce dbá na to, aby nedocházelo k umělému snižování předpokládané hodnoty veřejné zakázky a obcházení režimu předepsaného zákonem například jejím umělým dělením na více zakázek (odst. 3, 4 a 8) nebo oddělením části závazku do podoby odměn, soutěžních cen či jiných plateb (odst. 5). Zjevná je snaha zahrnout do předpokládané hodnoty veřejné zakázky veškerá související plnění (odst. 7 a 8) včetně plnění, jejichž čerpání je ponecháno na úvaze zadavatele (odst. 6).

Zákon při konstrukci předpokládané hodnoty veřejné zakázky nerozlišuje to, vůči komu závazky z veřejné zakázky zadavateli vzniknou, hodnotu zakázky tak mohou tvořit svým součtem závazky vůči různým příjemcům, které v souvislosti s plněním této zakázky lze předpokládat, a to bez ohledu na to, zda k jejich úhradě dochází přímo vybraným uchazečům nebo například jiným osobám s tím, že v konečném důsledku úhradu (její část) získá vybraný uchazeč.

Zde se Nejvyšší správní soud shoduje se žalovaným, který v odůvodnění svého prvostupňového rozhodnutí připomenul unijní úpravu prostřednictvím odkazu na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ze dne 18. 1. 2007, C-220/05 *Auroux a další*, v němž SDEU dospěl k závěru (body 50 až 55), že „článek [6] nestanoví žádné pravidlo, které by omezovalo částky, které mají být vzaty v úvahu při určování hodnoty zakázky, na částky pocházející od zadavatele. Navíc by odvození takového pravidla ze zmíněného článku 6 šlo proti duchu a účelu směrnice. Jak vyplývá z druhého a desátého bodu jejího odůvodnění, směrnice má za cíl odstranit překážky svobody usazování a volného poskytování služeb v oblasti veřejných zakázek na stavební práce, za účelem otevření těchto zakázek účinné hospodářské soutěži (výše uvedený rozsudek Ordine degli Architetti a další, bod 52). Desátý bod odůvodnění upřesňuje, že k zajištění rozvoje této soutěže je nezbytné, aby vyhlášení zakázek byla zveřejňována v rámci celého Společenství a obsahovala dostatek

informací, které by umožnily zhotovitelům usazeným v Evropském společenství, aby posoudili, zda je navrhovaná zakázka pro ně zajímavá. V tomto ohledu slouží prahová hodnota uvedená v článku 6 směrnice k tomu, aby veřejné zakázky mající dostatečně vysokou hodnotu, která odůvodňuje účast v rámci celého Společenství, byly oznámeny potenciálním uchazečům. (...) V tomto ohledu je zjevné, že pokud se hodnota zakázky skládá zároveň z příjmů od zadavatele, tak od třetích osob, zájem potenciálního uchazeče na této zakázce se odvíjí od její celkové hodnoty. Naopak teze, podle které by měly být při výpočtu hodnoty zakázky ve smyslu článku 6 směrnice vzaty v úvahu pouze částky zaplacené zadavatelem, by ohrozila její účel. Z toho by vyplývalo, že by zadavatel mohl zadat zakázku, jejíž celková hodnota by přesahovala prahovou hodnotu stanovenou zmíněným článkem 6 a která by mohla zajímat jiné zhotovitele působící na trhu, bez uplatnění postupů zadávání veřejných zakázek na stavební práce stanovených ve směrnici.“ Ačkoliv v tomto případě SDEU prováděl výklad ustanovení směrnice Rady 93/37/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES, jeho závěry jsou aplikovatelné i v případě veřejných zakázek na služby, jako je tomu v tomto případě, neboť hlavní cíl a účel unijní (ale i vnitrostátní úpravy) v podobě umožnění široké účasti uchazečů prostřednictvím zveřejnění informací o připravované veřejné zakázce se od této směrnice neliší.

V rozhodné době aplikovatelná směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby ve svém čl. 9 odst. 8 písm. a) přitom výslovně stanovila, že pro veřejné zakázky na služby se za základ pro výpočet odhadované hodnoty zakázky berou pro

- i) pojišťovací služby: splatné pojistné a podobné odměny;
- ii) bankovní služby a jiné finanční služby: poplatky, provize, úroky a podobné odměny;
- iii) zakázky zahrnující projekt: poplatky, splatné provize a podobné odměny.

Byť samotnou veřejnou zakázku na administraci budoucí veřejné zakázky na výběr pojistitele nelze jednoznačně podřadit pod žádnou z těchto výslovně upravených kategorií služeb, nelze opomíjet skutečnost, že unijní zákonodárce výslovně do odhadované hodnoty zakázky v případě služeb žádá zahrnout i provize a další odměny. Nejvyšší správní soud v důsledku toho nevidí rozumný důvod, proč by provize neměly být zohledněny i v případě výběru pojistného zprostředkovatele, který v souvislosti s výběrem pojistitele obdrží provizi od vybraného uchazeče. Potud ostatně není mezi žalovaným a krajským soudem rozpor.

Žalovaný však zpochybňuje závěr krajského soudu, že výše provize ani její poskytnutí nemělo přímou souvislost se získáním veřejné zakázky na administraci společností RESPECT. Jeho argumentace se však v podstatné části míjí s argumentací krajského soudu. Žalovaný podrobně vysvětluje, že bylo doloženo, že společnost RESPECT obdržela od vítězného uchazeče provizi za uzavření pojistných smluv vypočtenou z pojistného hrazeného podle těchto smluv žalobcem, tj. obdržela plnění nejen od žalobce, ale i od vítězného uchazeče. Zcela však pomíjí, že i krajský soud uznává, že

pokračování

k takové platbě skutečně došlo, nicméně že jde o jediný společný znak s případem řešeným v rozsudku ze dne 11. 8. 2009, č. j. 62 Ca 30/2008-190, kde taková provize do hodnoty zakázky měla být zahrnuta. Ostatní skutečnosti však podle krajského soudu přímou souvislost této platby se zakázkou na administraci vylučují. Tato část argumentace tak není důvodná, neboť s právním závěrem krajského soudu nijak nekoliduje. S ohledem na zdůrazňované prokázání souvislosti provize se zakázkou na pojištění lze jen připomenout, že žalobce byl sankcionován za nesprávné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na administraci a že je tedy třeba prokázat souvislost provize s touto v pořadí první veřejnou zakázkou; souvislost provize s veřejnou zakázkou na pojištění rozhodující není.

Ve vztahu k nosným důvodům napadeného rozsudku (vyloučení přímé souvislosti v důsledku toho, že nebyl cíleně vybírán pojistný makléř a že společnost RESPECT nemohla ovlivnit výsledek výběrového řízení na pojištění) je tak pouze námitka žalovaného, že se žalobce mohl s ohledem na specifika veřejných zakázek na pojišťovací služby důvodně domnívat, že uchazeč vybraný ve výběrovém řízení na administraci může být ve smluvním vztahu s některou pojišťovnou jako osoba poskytující zprostředkovatelské služby, a že mu proto bude náležet odměna ve formě provize, k čemuž žalovaný doplňuje odkaz na zjištění o smluvní spolupráci společnosti RESPECT s vícero pojišťovnami.

Ani tento argument však Nejvyšší správní soud nepovažuje za důvodný. Jak totiž stanoví § 13 odst. 2 věta druhá zákona o veřejných zakázkách (ve shodě s čl. 9 odst. 2 směrnice 2004/18/ES), pro stanovení výše předpokládané hodnoty je rozhodný den odeslání oznámení či výzvy o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění. Je tedy třeba vycházet z okolností, jež žalobci byly známy či je mohl důvodně předpokládat již v době zveřejnění zakázky na administraci (zde fakticky v době, kdy – patrně napřímo – oslovil společnost RESPECT). Nelze tudíž kalkulovat s tím, že se veřejné zakázky na pojištění účastnili jen dva uchazeči a že společnost RESPECT byla ve smluvním vztahu s oběma uchazeči, neboť to v rozhodnou dobu nebylo známo. Žalovaný přitom netvrdil, že by společnost RESPECT byla ve smluvním vztahu zakládajícím nárok na provizi se všemi potenciálními uchazeči o poskytnutí pojistné ochrany žalobci, a že by tedy bylo v zásadě jisté, že společnost RESPECT (uchazeč vybraný v řízení o zakázce na administraci) získá vedle odměny od žalobce též provizi od vítězného pojistitele. To v dané chvíli nebylo jisté, neboť služby v oblasti pojištění mohou poskytovat i pojišťovny z jiných členských států, takže počet potenciálních uchazečů byl (bez ohledu na to, kolik se jich později ve skutečnosti do soutěže přihlásilo) poměrně široký. Proto ani pokud by žalobce přímo oslovil společnost, o níž si mohl zjistit, že je zavedeným pojistným zprostředkovatelem s uzavřenými smluvními vztahy se všemi významnými pojišťovnami na českém pojistném trhu, ještě by to samo o sobě nezavdávalo dostatečný důvod, aby do předpokládané hodnoty zakázky na administraci byla zahrnuta i hodnota očekávané provize administrátora.

V takové situaci by totiž vybíraný administrátor musel mít, jak správně argumentoval krajský soud, širší pravomoci v podobě podílu na rozhodování o výběru (vítězného) pojistitele, popř. by musel žalovaný prokázat faktické ovlivnění tohoto výběru z jeho strany (např. formulací diskriminačních zadávacích podmínek tzv. „šitých na míru“

jen pojistitelům, kteří jsou ve smluvním vztahu s administrátorem), aby bylo možné dovodit praktickou jistotu, že v rámci navazující veřejné zakázky administrátor bude provizi inkasovat. Pokud vybraný administrátor takovou možností potlačit náhodu při stanovení okruhu přihlášených pojistitelů, resp. při vlastním výběru pojistitele nemá, je tím přerušen vztah přímé příčinné souvislosti mezi výběrem konkrétního administrátora a inkasem jeho provize od později vybraného pojistitele. Tím samozřejmě Nejvyšší správní soud nijak nevylučuje závěr, že volbou takového administrátora veřejné zakázky na pojištění mohou být porušeny jiné povinnosti stanovené zákonem o veřejných zakázkách, jak uzavřel v napadeném rozhodnutí žalovaný. Na správnost stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na administraci v tomto případě a na její odpovídající zadání v režimu zakázky malého rozsahu to však vliv nemá.

S ohledem na nedůvodnost kasačních námitek proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost žalovaného zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s. *in fine*).

O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první a odst. 3 s. ř. s., za použití § 120 s. ř. s. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, byla-li kasační stížnost odmítnuta; ohledně zamítnuté kasační stížnosti pak žalovaný nebyl úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalobci jako statutárnímu městu, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly a ostatně takové náklady nebyly ani tvrzeny.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 11. května 2017

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu