



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobkyně: **a) Zdravotní pojišťovna ministerstva vnitra České republiky**, se sídlem Vinohradská 2577/178, Praha, **b) Zaměstnanecká pojišťovna Škoda**, se sídlem Husova 302/5, Mladá Boleslav, **c) Česká průmyslová zdravotní pojišťovna**, se sídlem Jeremenkova 161/11, Ostrava, **d) Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky**, se sídlem Orlická 2020/4, Praha, **e) Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví**, se sídlem Roškotova 1225/1, Praha, **f) RBP, zdravotní pojišťovna**, se sídlem Michálkovická 967/108, Ostrava, **g) Vojenská zdravotní pojišťovna České republiky**, se sídlem Drahobejlova 1404/4, Praha, všechny kromě žalobkyně d) zastoupeny JUDr. Janem Nemanským, advokátem se sídlem Těšnov 1059/1, Praha, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída kpt. Jaroše 7, Brno, o kasačních stížnostech žalobkyň proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 2. 2021, č. j. 31 Af 28/2019 - 268,

t a k t o :

- I. Řízení o kasační stížnosti žalobkyně e) **se zastavuje.**
- II. Kasační stížnosti žalobkyň a), b), c), d), f) a g) **se zamítají.**
- III. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti žalobkyně e).
- IV. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení o kasačních stížnostech žalobkyň a), b), c), d), f) a g) **nepřiznává.**

- V. Žalobkyni e) **se vrací** soudní poplatek ve výši 5 000 Kč, který ji bude vyplacen do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku z účtu Nejvyššího správního soudu k rukám jejího zástupce JUDr. Jana Nemanského, advokáta se sídlem Těšnov 1059/1, Praha.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobkyně (dále též „stěžovatelky“) se kasačními stížnostmi domáhaly zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byly zamítnuty jejich žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 19. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R0007,0008,0009,0010,0011,0012,0013/2019/VZ-07853/2019/321/ZSř.

[2] Tímto rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklady všech sedmi stěžovatelek a současně potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0438/2018/VZ-38408/2018/541/SKu, jímž žalovaný shledal stěžovatelky vinnými ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), jehož se měly dopustit tím, že stanovily zadávací podmínky na nadlimitní veřejnou zakázku s názvem „*Zajištění komplexní dodávky a distribuce léčivých přípravků obsahujících očkovací látky pro pravidelná očkování v letech 2018 až 2021*“ v rozporu s § 73 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ, když minimální úroveň pro splnění požadavku na technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ specifikovanou v bodu 6.4.1. zadávací dokumentace nevymezily přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu zakázky, čímž postupovaly v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, a zadaly uvedenou veřejnou zakázku (na základě jednotlivých smluv uzavřených s vybraným dodavatelem Avenir a.s.). Za uvedený přestupek uložil žalovaný každé ze stěžovatelek pokutu podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ – v součtu celkově ve výši 1, 79 mil. Kč.

[3] Žalovaný vycházel ze závěrů správního řízení, jímž navázal na svoji předchozí kontrolu postupu zadavatelů – stěžovatelek, které uzavřely smlouvu o společném zadávání a nechaly se k tomuto účelu zastoupit Svazem zdravotních pojišťoven ČR. V zadávací dokumentaci v rámci prokázání technické kvalifikace stěžovatelky omezily požadavek na referenční zakázky, když vyžadovaly reference, jejichž předmětem byla pouze přímá distribuce/dodávka léčivých přípravků do ordinací PZS – poskytovatelů zdravotních služeb, jimiž se pro účely dané zakázky rozuměli poskytovatelé, kteří provádějí pravidelná očkování jako smluvní poskytovatelé hrazených služeb, tj. praktický lékař pro dospělé, praktický lékař pro děti a dorost a další. Podle žalovaného ovšem nebyly prokázány podstatné odlišnosti těchto dodávek od dodávek do jiných zdravotnických zařízení; minimální úroveň kritéria technické kvalifikace týkající se doložení seznamu významných dodávek realizovaných dodavatelem tak neodpovídala složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

pokračování

[4] S tímto závěrem stěžovatelky nesouhlasily, a proto podaly proti rozhodnutí žalovaného rozklady, které předseda žalovaného výše uvedeným rozhodnutím dle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zamítl a současně napadené rozhodnutí žalovaného potvrdil. Omezení referenčních dodávek jen na dodávky do ordinací PZS považoval i předseda žalovaného za nepřesvědčivé a nepřiměřené kritérium k rozlišení způsobilých a nezpůsobilých dodavatelů s tím, že toto kritérium diskriminuje dodavatele se zkušeností s dodávkami léčivých přípravků do jiných míst – z hlediska četnosti dodávek především do nemocnic a lékáren. Připustil sice určité odlišnosti ohledně dodávek léčivých přípravků do ordinací PZS, avšak neshledal je jako rozhodné pro prokázání důvodnosti takto striktně nastavené technické kvalifikace.

II. Rozhodnutí krajského soudu

[5] Rozhodnutí předsedy žalovaného napadly stěžovatelky samostatnými žalobami, v nichž uplatnily podobnou argumentaci založenou na tom, že sporný požadavek ke splnění technické kvalifikace vycházel z jejich oprávněných potřeb a nebyl nepřiměřený. Vzhledem k tomu, že žaloby směřovaly proti témuž rozhodnutí předsedy, přistoupil krajský soud ke spojení věcí ke společnému projednání a následně podané žaloby zamítl jako nedůvodné dle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

[6] V odůvodnění svého rozsudku krajský soud předeslal, že jádrem sporu je primárně otázka diskriminačního charakteru zadávací podmínky, jejíž posouzení je způsobilý provést jak žalovaný, tak soud bez potřeby vyžádání odborného stanoviska či znaleckého posudku. Každá zadávací podmínka může vést k určitému omezení hospodářské soutěže. Je tedy třeba, aby toto omezení bylo přiměřené a odpovídající odůvodněným potřebám zadavatele; ten musí při stanovení zadávacích podmínek sledovat určitý legitimní cíl a je na něm, aby ho objasnil a vysvětlil pohnutky, které jej vedly ke stanovení omezujícího požadavku. Stěžovatelky tento požadavek odůvodňovaly jednak významem veřejné zakázky (zejm. nutností zajištění bezproblémové realizace zakázky za účelem ochrany zdraví svých klientů), jednak specifiky jejího předmětu s poukazem na to, že distribuce/dodávky do ordinací PZS a do jiných zdravotnických zařízení představují zcela odlišná plnění.

[7] Krajský soud nepopřel význam veřejné zakázky ani její specifika, avšak vzal v úvahu míru omezení hospodářské soutěže, která byla velmi významná – byť nabídku podali dva uchazeči, nelze nevidět, že podmínku stanovenou v bodě 6.4.1. zadávací dokumentace splňoval pouze jediný. Stěžovatelky si musely být vědomy zcela zásadního omezení soutěže, čemuž musely odpovídat výjimečné důvody na jejich straně; takové důvody krajský soud ve shodě s žalovaným neshledal. Dal sice stěžovatelkám za pravdu, že distribuce léčivých přípravků do ordinací PZS může být v řadě aspektů náročnějším úkolem než distribuce léčivých přípravků do jiných zařízení. Za podstatné ovšem krajský soud považoval to, že distributory léčivých přípravků do oněch jiných zařízení – zpravidla lékáren nebo nemocnic – nelze považovat za objektivně nezpůsobilé chopit se tohoto v určitých aspektech těžšího úkolu a připravit bezproblémovou distribuci na větší počet míst, v nepravidelných termínech, bez přesného a pravidelného plánu závozu; odmítl též,

že by distributor dosud dodávající do lékáren či nemocnic nebyl schopen akceptovat obchodní model spočívající v tom, že léčivé přípravky jsou v ordinaci PZS pouze deponovány. A pokud jde o argumentaci požadavkem na komunikační dovednosti nebo obtížné parkování v důsledku umístění ordinací PZS, vnímal ji krajský soud jako zcela zástupnou.

[8] Jde-li o předchozí špatnou zkušenost s distribucí očkovací látky proti viru prasečí chřipky v roce 2009, kterou stěžovatelky dokládaly odkazem na novinové články na webových stránkách, krajský soud provedl dokazování obsahem těchto stránek a konstatoval, že médiu byly v dané době prezentovány určité problémy s distribucí očkovacích látek. Nelze z nich však dovozovat to, že ony problémy představovaly vadu plnění ze strany distributora, že by distributor tyto problémy zavinil nebo je přímo zavinil svou nezkušeností; objektivně tedy nemohly odůvodňovat stanovení daného kritéria technické kvalifikace. Stejně tak nemohlo pohnutky pro stanovení tohoto kritéria odhalit vyjádření Ministerstva zdravotnictví, které stěžovatelky navrhovaly k důkazu a které krajský soud neprovedl.

[9] Podle krajského soudu připuštění dalších dodavatelů se zkušeností s distribucí/dodávkou léčivých přípravků do lékáren a nemocnic nepředstavovalo zásadní riziko pro bezproblémovou realizaci předmětné zakázky. Požadavek na prokázání technické kvalifikace v podobě dvou referencí jen na přímou distribuci/dodávky do ordinací PZS proto považoval za zjevně nepřiměřený a v konečném důsledku diskriminační. Formální znaky přestupku tak byly naplněny, stejně jako jeho materiální znak – ten spočívá ve společenské škodlivosti přestupkového jednání, kterou zákon předpokládá a žalovaný se jí nemusel *explicite* zabývat. Ani krajský soud v posuzované věci neměl pochyb o společenské škodlivosti a ohrožení zákonem chráněných zájmů. Omezující podmínka měla zásadní vliv na okruh dodavatelů a nelze ji srovnávat s jinou omezující podmínkou posuzovanou v rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0433/2018/VZ-32812/2018/533/BKu, na které stěžovatelky odkázaly v průběhu jednání s tím, že zrcadlí zcela opačný přístup žalovaného.

III. Kasační stížnosti, vyjádření žalovaného a replika

[10] Stěžovatelka d) podala samostatnou kasační stížnost, v níž úvodem odkázala na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, č. 1771/2009 Sb. NSS, ve věci *Lumius, spol. s r. o.*, s tím, že jeho závěry krajský soud nerespektoval, neboť nezohlednil legitimní důvody, které stěžovatelky vedly k vymezení požadavků na technickou kvalifikaci v zadávacích podmínkách. Stěžovatelky postupovaly s maximální zodpovědností, kdy předmětem veřejné zakázky byly očkovací látky určené pro povinné, zákonem uložené, pravidelné očkování a v jejich jednání nelze spatřovat nepřiměřenost, natož pak nepřiměřenost zjevnou, jak je vyžadováno ve zmíněném rozsudku NSS.

[11] Pro závěr stran nepřiměřenosti podmínek zadávací dokumentace nebyly zjištěny skutkové okolnosti, když složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky nebyly žalovaným a následně ani krajským soudem odborně posouzeny. V absenci odborného stanoviska či znaleckého posudku spatřovala stěžovatelka d) zásadní problém. Bez tohoto odborného

pokračování

náhledu se totiž nelze náležitě vypořádat s odlišnostmi mezi distribucí léčivých přípravků do ordinací PZS na straně jedné a do lékáren/nemocnic na straně druhé. Právě tyto odlišnosti, jakož i předchozí problémy s distribucí očkovacích látek, vedly stěžovatelky k předmětnému vymezení technické kvalifikace, které krajský soud posoudil nesprávně jako diskriminační. Rozhodl na základě skutkového stavu zjištěného žalovaným bez odborného posouzení, čímž se dopustil vady, která měla vliv i na nesprávné posouzení viny stěžovatelek.

[12] Krajský soud nijak nezohlednil, že stěžovatelka d) postupovala jakožto největší zdravotní pojišťovna, která je odpovědná za zajištění řádného povinného očkování, a nevypořádal z toho plynoucí střet veřejného zájmu na zachování, resp. zlepšení veřejného zdraví se zájmem na ochraně hospodářské soutěže. Tyto dva zájmy si mohou vzájemně konkurovat a krajský soud nedůvodně upřednostnil zájem na ochraně hospodářské soutěže. Stěžovatelka d) však kromě povinností plynoucích ze ZZVZ má i další důležité povinnosti plynoucí z její hlavní činnosti, kterou je zajištění dostupnosti a řádného poskytování zdravotních služeb ve smyslu zákona č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZP“). Pokud by těmito povinnostem nedostála, dopustila by se nejen přestupku, za který jí bylo možno uložit pokutu (do 10 mil. Kč), ale mohlo dojít i k zásadnímu ohrožení zdraví celé populace v ČR. Proto navrhla, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

[13] Stěžovatelky a) až c) a e) až g) podaly společnou kasační stížnost, kterou se stejně jako stěžovatelka d) domáhaly zrušení napadeného rozsudku s tím rozdílem, že navrhly, aby Nejvyšší správní soud sám rozhodl i o zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného, *event.* aby zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Stěžovatelky a) až c) a e) až g) svoji argumentaci rovněž vztahovaly k otázce viny a rozporovaly, že se dopustily daného přestupku. Jeho podstatou je nepřiměřenost příslušného kvalifikačního předpokladu, což je odvislé od posouzení faktických specifik distribuce léčivých přípravků do ordinací PZS a do jiných míst – takové posouzení je otázkou, na níž nelze odpovědět bez odborných znalostí a zkušeností v oblasti distribuce léčivých přípravků. To krajský soud dostatečně nereflektoval.

[14] Vedle toho stěžovatelky poukázaly též na význam veřejné zakázky, jejímž předmětem byla dodávka/distribuce očkovacích látek, u níž v minulosti docházelo k problémům z důvodu nezkušenosti tehdejšího dodavatele; právě tomuto riziku měla kritéria technické kvalifikace předejít, což mohlo prokázat i vyjádření Ministerstva zdravotnictví, které stěžovatelky navrhovaly k důkazu. Zmíněné problémy byly samotným stěžovatelkám známy již v souvislosti s distribucí očkovací látky proti viru prasečí chřipky v roce 2009, k níž odkázaly na novinové články s tím, že se snažily v maximální možné míře eliminovat riziko komplikací při zajištění pravidelného povinného očkování a v důsledku toho i riziko ohrožení života a zdraví. Namísto ochrany života a zdraví však krajský soud nepřipadně akcentoval dopady jednání stěžovatelek na hospodářskou soutěž. Tento aspekt prostupuje celým odůvodněním krajského soudu, ačkoli z hlediska přiměřenosti požadavku na prokázání technické kvalifikace jsou jedinými rozhodujícími aspekty složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky [§ 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ].

[15] V této souvislosti stěžovatelky argumentovaly odkazem na rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0433/2018/VZ-32812/2018/533/BKu, v němž se sice jednalo o poskytování služeb městské autobusové dopravy, avšak jediným rozhodujícím kritériem byla právě specifika tohoto předmětu plnění bez ohledu na dopady na hospodářskou soutěž. Stěžovatelky nevidí důvod, proč by měl být přístup ve vztahu k nim diametrálně odlišný – navíc v situaci, kdy lze ve světle judikatury NSS považovat požadavek na kvalifikaci za diskriminační a tedy nezákonný jen v případě jeho zjevné nepřiměřenosti. Tak tomu v daném případě podle stěžovatelek nebylo. Navíc žalovaný se nezabýval naplněním materiálního znaku přestupku – a to přesto, že je řízení ovládáno vyšetřovací zásadou a stěžovatelky v tomto ohledu poukazyvaly právě na význam veřejné zakázky a snahu předejít komplikacím při zajištění pravidelného povinného očkování, což rozhodně nelze považovat za společensky škodlivé.

[16] Žalovaný ve svém vyjádření oponoval stěžovatelkám s tím, že odlišnosti mezi dodávkou léčiv do ordinací PZS a do jiných zařízení bylo možno vyhodnotit bez odborného posouzení. Stěžovatelkami tvrzené odlišnosti nejsou dostatečně silné a negativní zkušenosti z minulosti nejsou dostatečně určité na to, aby jimi bylo možno obhájit přiměřenost sporného požadavku technické kvalifikace. Totéž platí i o opakovaně akcentovaném zájmu na veřejném zdraví. Napadený rozsudek nepreferuje zájem na ochraně hospodářské soutěže, pouze vychází z toho, že stěžovatelky dostatečně nevysvětlily nezbytnost podmínek technické kvalifikace; ty jsou obecně zadávacími podmínkami, které nesmí být stanoveny tak, aby vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 ZZVZ). Nedá se tedy říct, že by otázka dopadu na soutěž nemohla vstoupit do posouzení věci, což ostatně dokládá i rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-S0433/2018/VZ-32812/2018/533/BKu, přičemž rozdílné posouzení případu stěžovatelek je dáno skutkovými rozdíly. Proto žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti.

[17] V replice stěžovatelky a) až c) a e) až g) setrvaly na svém návrhu a znovu připomněly nutnost zjevné nepřiměřenosti zadávací podmínky, což v daném případě nebylo naplněno – nemohlo se tedy jednat o podmínku diskriminační. Stěžovatelky netvrdily, že by dodavatel bez relevantních zkušeností s dodávkou do ordinací PZS nebyl schopen zakázku realizovat, avšak smyslem omezující podmínky bylo minimalizovat riziko, že by mohl být vybrán dodavatel, který zakázku nebude schopen splnit. To je zcela legitimní snaha stěžovatelek jako odpovědných zadavatelů – zvláště s přihlédnutím k důležitosti a významu veřejné zakázky.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[18] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti obou kasačních stížností a shledal, že kasační stížnosti byly podány včas, směřují proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, přičemž stěžovatelky a) až c) a e) až g) jsou řádně zastoupeny advokátem a za stěžovatelku d) jedná pověřená osoba s vysokoškolským právnickým vzděláním, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

pokračování

[19] Stěžovatelka e) nezaplatila včas soudní poplatek; srov. usnesení ze dne 23. 3. 2021, č. j. 5 As 65/2021 - 25, kterým zdejší soud vyzval stěžovatelky a) až c) a e) až g), aby každá z nich ve lhůtě 15 dnů od doručení tohoto usnesení zaplatila soudní poplatek za kasační stížnost ve výši 5 000 Kč. Současně je poučil, že pokud ve stanovené lhůtě soudní poplatek nezaplatí, soud řízení o kasační stížnosti zastaví, přičemž k zaplacení poplatku po marném uplynutí lhůty se nepřihlíží [§ 9 odst. 1 zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o soudních poplatcích“)]. Usnesení č. j. 5 As 65/2021 - 25 bylo stěžovatelkám a) až c) a e) až g), resp. jejich zástupci doručeno do datové schránky 25. 3. 2021. Lhůta určená Nejvyšším správním soudem tak počala běžet dne 26. 3. 2021 a skončila uplynutím dne 9. 4. 2021. V uvedené lhůtě stěžovatelka e) soudní poplatek nezaplatila, a proto Nejvyšší správní soud řízení o její kasační stížnosti zastavil podle § 47 písm. c) ve spojení s § 120 s. ř. s. a § 9 odst. 1 zákona o soudních poplatcích – výrok I.

[20] Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu zbývajících kasačních stížností a v rámci jimi uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti, a dospěl k následujícímu závěru.

[21] Kasační stížnosti nejsou důvodné.

[22] Podstata věci tkví v posouzení, zda stěžovatelky stanovily zadávací podmínky v rozporu se zákonem tím, jak nastavily minimální úroveň pro prokázání technické kvalifikace u nadlimitní veřejné zakázky, jejímž předmětem bylo zajištění komplexní dodávky a distribuce léčivých přípravků obsahujících očkovací látky pro pravidelná očkování (na období 2018 až 2021) a stanovení podmínek úhrady očkovacích látek z prostředků veřejného zdravotního pojištění.

[23] Prokazování kvalifikace v procesu zadávání veřejných zakázek obecně slouží k vyloučení pochybností, že dodavatel bude schopen řádně – tedy v požadované kvalitě a včas dodat předmět plnění veřejné zakázky. Význam kvalifikace vždy roste se složitostí a rozsahem veřejné zakázky a její stanovení je v zájmu zadavatele; je třeba zajistit, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí (kvalifikovaní) ke splnění veřejné zakázky. Pokud jde o kritéria technické kvalifikace, ta stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě – k tomu srov. § 79 odst. 1 ZZVZ s tím, že odstavec 2 [pod písm. a) až l)] daného ustanovení obsahuje taxativní výčet konkrétních kritérií, která může zadavatel v zadávacím řízení v nadlimitním režimu požadovat.

[24] V praxi mívá velkou váhu zejména kritérium předchozích referencí a nejinak je tomu i v případě nyní souzené věci. Stěžovatelky ve smyslu § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ jako způsob prokázání technické kvalifikace v bodě 6.4.1 zadávací dokumentace nazvaném „*Seznam významných dodávek*“ vyžadovaly, aby účastník – uchazeč o zakázku prokázal, že v rozhodném období realizoval „*nejméně dvě referenční zakázky související s předmětem plnění této veřejné zakázky, tj. spočívající v přímé distribuci/dodávkách léčivých přípravků do ordinací PZS, kdy*

- *souhrnná hodnota těchto referenčních zakázek (cena dodaných léčivých přípravků), dosažená v průběhu tří po sobě bezprostředně následujících let, činila alespoň 300 mil. Kč bez DPH,*
- *přičemž hodnota alespoň jedné z těchto referenčních zakázek (cena dodaných léčivých přípravků), dosažená v průběhu tří po sobě bezprostředně následujících let, musí činit alespoň 25 mil. Kč bez DPH.“*

[25] Problém přitom nečiní počet ani požadovaná hodnota předchozích referenčních zakázek, nýbrž jejich zacílení jen na přímou distribuci/dodávku léčivých přípravků do ordinací PZS. Právě toto zacílení na konkrétní místo plnění (ordinace PZS) shledal krajský soud jako nikoli nezbytné v souvislosti s předmětem veřejné zakázky a ve výsledku ho měl ve shodě s žalovaným za rozporné s § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ, který stanoví: „*Pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit minimální úroveň pro jejich splnění*“ (pozn. důraz přidán NSS).

[26] Nejvyšší správní soud v návaznosti na citované ustanovení zdůrazňuje nutnost nastavení přiměřených kvalifikačních kritérií, která zásadním způsobem selektují dodavatele té které zakázky. Z hlediska volby konkrétního postupu zákon dává zadavatelům značnou míru diskrece; ta je ovšem korigována zásadou přiměřenosti, jejíž aplikací je vyvažován zájem zadavatelů na řádném plnění veřejné zakázky a zájem na zachování co nejširší hospodářské soutěže; shodně srov. *Poděšva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, komentář*, Praha: Wolters Kluwer, dostupný z ASPI podle právního stavu k 24. 4. 2019: „*Postup v souladu se zásadou přiměřenosti tedy primárně (nikoli však výlučně) spočívá v tom, že na jedné straně zadavateli poskytuje dostatečné záruky výběru dodavatele, který skutečně bude schopen veřejnou zakázku kvalitně a v požadovaných termínech realizovat, na druhou stranu se bude jednat o postup, který nad rámec garance výše uvedeného cíle nebude dále nedůvodně omezovat hospodářskou soutěž.*“

[27] S nedůvodně neomezenou a efektivní volnou soutěží dodavatelů souvisí i hospodárnost nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů, neboť zadavatelé většinou nehopodáří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně; stranou nelze ponechat ani potenciální hrozbu korupce v podobě jakéhokoli druhu zvýhodňování nebo protihodnoty (finanční či politické). Toto jsou všechno aspekty, na které je třeba pamatovat a zadávat vždy v souladu se zásadou přiměřenosti, která má zásadní místo v právu veřejných zakázek, které je na evropské úrovni harmonizováno souborem tzv. zadávacích směrnic; srov. zejména směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, jež v čl. 18 stanoví: „*Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.*“ Tímto výslovným uvedením zásady přiměřenosti evropský normotvůrce reflektoval judikaturní závěry Soudního dvora EU, který v oblasti veřejných zakázek zásadu přiměřenosti aplikoval jako obecnou zásadu práva EU – viz např. rozsudek ze dne 16. 12. 2008 ve věci C-2013/07, *Michaniki AE* (body 48 a 68).

[28] V návaznosti na to rovněž vnitrostátní zákonodárce zakotvil zásadu přiměřenosti jako základní zásadu zadávání veřejných zakázek v § 6 odst. 1 ZZVZ; tato zásada musí být

pokračování

dodržována v průběhu celého zadávacího řízení, stejně jako další zásada transparentnosti a dále ve vztahu k dodavatelům též zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 ZZVZ). Právě se zásadou zákazu diskriminace se zásada přiměřenosti může v praxi významně prolínat – nemožnost dodavatele ucházet se o zakázku z důvodu nepřiměřeně nastavených kvalifikačních kritérií totiž současně působí ve vztahu k dodavateli diskriminačně. Proto také žalovaný, potažmo krajský soud, shledal shora uvedený požadavek na technickou kvalifikaci jako rozporný s § 73 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ; stěžovatelky při nastavení minimální úrovně technické kvalifikace nepostupovaly přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky a ve výsledku skrytě diskriminovaly dodavatele, kteří by objektivně mohli poskytnout srovnatelné plnění ve srovnatelné kvalitě.

[29] Nejvyšší správní soud s tímto závěrem souhlasí a s ohledem na kasační námitky předesílá, že k němu nebylo nezbytné odborné posouzení věci. Zásadu přiměřenosti lze v daném kontextu vnímat jako příkaz k optimalizaci postupu zadavatele ve všech jeho činnostech souvisejících se zadáváním, jež nelze předem svázat nějakými exaktními pravidly; podobně to platí i pro žalovaného při zvažování, zda si k věci vyžádá odborné stanovisko nebo znalecký posudek. Otázka potřebnosti znaleckého posudku je sice otázkou objektivní, ovšem odpověď na ni závisí vždy na konkrétních okolnostech každé věci. Je proto třeba postupovat přísně individuálně, ostatně samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace – zde pramenící z porušení zásady přiměřenosti – znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci, jak uvedl NSS v již zmíněném rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 - 152 ve věci *Lumius*.

[30] Skutečnost, že žalovaný ani krajský soud důvody, jimiž stěžovatelky vysvětlovaly nutnost sporného nastavení technické kvalifikace, neakceptovali, resp. nepřiznali jim náležitý význam, neznamená, že rozsudek NSS ve věci *Lumius* nerespektovali. Naopak, v souladu s ním správně postupovali v závislosti na individuálních okolnostech této věci, v níž posoudili množství faktických specifíků souvisejících s distribucí léčivých přípravků do ordinací PZS, která tuto distribuci měla odlišovat od distribuce do jiných lékařských zařízení – typicky lékáren nebo nemocnic (a tím podle stěžovatelek také odůvodňovat zacílení požadovaných referencí pouze na distribuci do ordinací PZS – viz shora). V kasačních stížnostech tyto odlišnosti stěžovatelky nijak blíže nerozebírají, resp. odkazují na žaloby, z jejichž obsahu lze shrnout, že se jednalo o odlišnosti navázané na (i) pracovní dobu, (ii) umístění a připravenost na „závoz, vč. parkování“, (iii) obchodní model a s tím související administrativní procesy, vč. reklamace a (iv) komunikační dovednosti či strategie.

[31] Již jen na základě tohoto prostého výčtu je podle Nejvyššího správního soudu patrné, že k úvaze ohledně uvedených odlišností (každé jednotlivě i v jejich vzájemném souhrnu) není třeba jakékoli zvláštní odbornosti ve smyslu technických, ekonomických, medicínských nebo jiných odborných znalostí a zkušeností. K úvaze, zda jsou tyto odlišnosti s to odůvodnit postup stěžovatelek v zadávacím řízení, úplně postačí selský rozum a standardní soudcovská zkušenost a znalost. Znalci se ve správním nebo soudním řízení nepřibírají, aby sdělovali úřadu nebo soudu své názory a úsudky o otázkách rázu právního nebo o otázkách, k jejichž správnému porozumění a řešení není zapotřebí odborných vědomostí nebo znalostí – v takových případech postačí s ohledem na povahu

okolností případu právě běžná soudcovská zkušenost a znalost. Ve správním řízení vedle toho platí, že se znalec nepřibírá též tehdy, pokud správní orgán disponuje potřebnými odbornými znalostmi či si může opatřit odborné posouzení předmětných skutečností ze strany jiného správního orgánu (§ 56 správního řádu). Vychází se totiž z předpokladu, že úřední osoby mají dostatečné odborné znalosti, aby mohly samy posoudit odborné otázky vyskytující se v běžně vedených správních řízeních; v podrobnostech srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2010, č. j. 1 Afs 71/2009 - 113, č. 2313/2011 Sb. NSS.

[32] Posouzení, zda zadavatelem předestřené důvody k omezení hospodářské soutěže na základě nastavení technické kvalifikace ob stojí jako přiměřené, je primárně posouzením právním, které vychází ze skutkového stavu věci zjištěného na základě hodnocení důkazů. To obecně nevyklučuje, že v řízení může vyjít najevo potřeba posouzení odborných otázek; ovšem v nyní souzené věci tomu tak nebylo. Odlišnosti, jimiž se stěžovatelky snažily obhájit s poukazem na výjimečnost distribuce léčivých přípravků do ordinací PZS, vykazují charakteristiku, která je natolik jasná a srozumitelná, že nebylo nutno žádné odborné stanovisko či znalecký posudek. K posouzení sporné otázky plně postačoval laický úsudek v kombinaci s odborným zázemím žalovaného jako odborného orgánu na úseku ochrany hospodářské soutěže, který byl schopen spolehlivě zjistit a objasnit skutkový stav věci (viz *mutatis mutandis* rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2009, č. j. 8 As 40/2008 - 170).

[33] Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného, resp. jeho předsedy a shora namítané odlišnosti ve shodě s nimi vyhodnotil jako nedostatečné. Nejvyšší správní soud má toto vyhodnocení za opodstatněné; jeho intervence coby kasačního soudu je v tomto ohledu spíše výjimečná a omezuje se na případy extrémního nesouladu skutkových zjištění, o němž v daném případě vůbec nelze uvažovat. Ano, odlišná pracovní doba ordinací PZS, která je oproti nemocnicím nebo lékárnám kratší, nepravidelná a navíc se může lišit v sudém či lichém týdnu, jakož i umístění ordinací PZS zpravidla v dopravně komplikovaných lokalitách (v centru města, pěších zónách apod.), může klást vyšší nároky na dodavatele do lékáren nebo nemocnic; nejedná se však o takové nároky, které by byly pro tyto dodavatele jednající s obvyklou odbornou péčí objektivně nesplnitelné. Nejvyšší správní soud je zajedno s krajským soudem v tom, že dodavatelé se zkušeností s dodávkou/distribucí lékařských přípravků do lékáren/nemocnic nelze považovat objektivně za nezpůsobilé přizpůsobit se zmíněným specifickým nárokům [ad (i) a (ii)], včetně vozového parku a náležitého systému chlazení, jež souvisí s logistickými dovednostmi dodavatele.

[34] V podstatě totéž lze vztáhnout i na další zmíněná specifika [ad (iii) a (iv)], která se váží k organizačním schopnostem konkrétního dodavatele. Odlišný způsob komunikace/strategie i obchodní model daný tím, že zboží dodané do lékáren/nemocnic se stává jejich vlastnictvím, zatímco u ordinací PZS je toto zboží – očkovací látky – pouze deponováno a je ve vlastnictví distributora do okamžiku jeho aplikace pacientovi, nevykazují taková specifika, aby je napříště nebyl schopen přijmout i distributor dosud dodávající do lékáren/nemocnic.

pokračování

[35] Navíc, ony zvýšené nároky na (organizační či logistické) schopnosti dodavatele zčásti kryla další kritéria technické kvalifikace, která stěžovatelky v daném případě zvolily v souladu s § 79 odst. 2 písm. e) a j) ZZVZ – konkrétně šlo o to, že vedle sporné referenční podmínky požadovaly stěžovatelky předložení platného certifikátu systému jakosti ISO 9001:2009 a vyšší (bod 6.4.2 zadávací dokumentace) a validačního protokolu za účelem prokázání dispozice s informačním systémem validovaným dle normy GAMP nebo ekvivalentní (bod 6.4.2 zadávací dokumentace). Dle názoru Nejvyššího správního soudu stěžovatelkám nic nebránilo využít též další zákonem předvídaná kritéria technické kvalifikace k tomu, aby zjistily odbornou způsobilost a profesionalitu dodavatelů a zajistily tím jimi neustále opakovanou nutnost minimalizace rizika, že bude vybrán dodavatel, který zakázku nebude schopen splnit.

[36] Nezbytnost sporné referenční podmínky, resp. její přiměřenost složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky tedy specifické nároky určené místem plnění (přímo do ordinací PZS) neodůvodňují, stejně jako samotný význam této zakázky, na který rovněž stěžovatelky opakovaně odkazovaly.

[37] Veřejná zakázka k zajištění pravidelného povinného očkování má bezpochyby velký význam a důležitost zejména z hlediska zájmu na ochraně veřejného zdraví. Krajský soud tento zájem neopomněl, ovšem skutečnost, že se jedná o otázku veřejného zdraví, neznamená, že není nutno respektovat zákon. Smyslem ZZVZ je ochrana hospodářské soutěže a ta byla v daném případě zásadně narušena, což také krajský soud zohlednil. Stěžovatelky sice tvrdí, že to nebylo možné, resp. že jediným hlediskem je složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky, avšak přehlíží potřebu komplexního posouzení věci. V ní se jedná o správní trestání, přičemž podstatné je především naplnění skutkové podstaty přestupku – zde konkrétně přestupku zadavatele podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ, kterého se dopustí tím, že *„stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou“*.

[38] Z citovaného neplyne potřeba v řízení před žalovaným prokazovat konkrétní důsledky jednání zadavatele – tedy následek přestupkového jednání např. v podobě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky; tento ani jiný následek stran dopadu na hospodářskou soutěž skutková podstata přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ skutečně nevyžaduje. Přestupkem podle tohoto ustanovení je jednoduše každé nezákonné nastavení zadávacích podmínek, za předpokladu zadání veřejné zakázky. K tomu v případě stěžovatelek došlo a formální znaky přestupku byly naplněny. Nicméně vzal-li v úvahu krajský soud i konkrétní dopady na hospodářskou soutěž, nelze mu to důvodně vyčítat – a to nejen s ohledem na žalovaným avizované propojení § 73 odst. 6 písm. b) a § 36 odst. 1 ZZVZ, podle něhož nesmí zadávací podmínky vytvářet bezdůvodné překážky hospodářské soutěži, ale také s ohledem na materiální korektiv v podobě nutnosti společensky škodlivého jednání. V daném případě nejde o delikt poruchový, nýbrž ohrožovací – indikuje nebezpečný dopadu na hospodářskou soutěž, který ovšem nemusí nutně nastat. Pokud by k omezení volné soutěže, jako základní hodnoty, která je chráněná ZZVZ, nedošlo, bylo by na místě uvažovat, že materiální znak přestupku naplněn není, čehož se ostatně stěžovatelky setrvale dovolávaly. Je proto s podivem, že nyní namítají, že otázka výsledného omezení soutěže do posouzení věci vůbec nemůže vstoupit.

[39] Jak již bylo naznačeno, Nejvyšší správní soud je opačného názoru – s ohledem na celkové nastavení zákona a materiální stránku přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ nevidí důvod, pro který by bylo nutno otázku dopadu do hospodářské soutěže zcela „vyřadit ze hry“. Jde o otázku relevantní a nepřehlédnutelnou, pro jejíž zodpovězení je v posuzovaném případě podstatné mj. i fungování dosavadního systému dodávky očkovacích látek. Tomu se přesvědčivě věnoval v žalobou napadeném rozhodnutí (zejm. v bodě 68) předseda žalovaného s tím, že vybraný dodavatel Avenier a. s. splnění předmětné podmínky technické kvalifikace prokazoval prostřednictvím dodávek do ordinací PZS, a to právě na základě dodávek pro Svaz zdravotních pojišťoven ČR za období 2014 až 2015 a za období 2016 až 2017 v celkové hodnotě atakující předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Jakkoli nelze zcela vyloučit, že na trhu existoval i jiný než vybraný dodavatel, který by spornou referenční podmínku mohl splnit, je jasné, že jejím příliš úzkým zacílením jen na dodávku/distribuci do ordinací PZS, byl okruh potenciálních dodavatelů zásadně omezen a ve výsledku znamenal prakticky zavření trhu pro nově příchozí subjekty.

[40] K uvedenému je nutno pro úplnost připomenout, že vybraný dodavatel – Avenier a.s. byl jediným uchazečem, který splňoval podmínku technické kvalifikace v bodě 6.4.1. zadávací dokumentace; druhý z uchazečů – společnost PHARMOS, a.s. – tuto podmínku zjevně nesplňoval (předložil referenční zakázky, u nichž bylo jako místo plnění uvedeno: Fakultní nemocnice Ostrava a síť lékáren Moje lékárna). Tuto skutečnost nelze nevidět a nic na tom nemění ani to, že splnění zadávacích podmínek posuzuje výlučně zadavatel, přičemž v daném případě tak neučinil, neboť si toto posouzení vyhradil pouze u vybraného dodavatele Avenier, a.s., jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější (s nejnižší nabídkovou cenou 3,18 mld. Kč), jak vyplývá ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 5. 10. 2017.

[41] Odhlédnout nelze ani od námitek podaných v zadávacím řízení společností JK – Trading spol. s r.o. a společností PHOENIX lékárenský velkoobchod, s.r.o., které dokládají, že účast na zakázce zvažovali rovněž další dodavatelé vymezující se proti zadávací dokumentaci. Druhá z uvedených společností přitom právě s odkazem na spornou podmínku technické kvalifikace a znalost trhu namítala, že o zakázku se může ucházet jen jeden dodavatel, a sice stávající dodavatel očkovacích látek – jejich dosavadní dodávka/distribuce do ordinací PZS navíc nepodléhala předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek. Aniž by se Nejvyšší správní soud blíže zabýval podanými námitkami, má za to, že příhodně dokresluje okolnosti celého případu, pro který je podstatné, že spadá do režimu současné právní úpravy – viz § 2 odst. 1 ZZVZ; zdravotní pojišťovny (zadavatelé) uzavírají úplatné smlouvy s distributorem léčivých přípravků obsahujících očkovací látky (dodavatelem), kterému poskytují úhradu za zajištění potřebného množství očkovacích látek, jak případně uvedl žalovaný již ve svém stanovisku ze dne 27. 12. 2016.

[42] Ve světle všech výše uvedených skutečností je Nejvyšší správní soud pevně přesvědčen, že stěžovatelky mohly a měly důsledněji zvažovat přiměřenost nastavení minimální úrovně pro splnění technické kvalifikace, což se nestalo. Tím, jakým způsobem v zadávací dokumentaci (bod 6.4.1.) stěžovatelky nastavily kritérium předchozích referencí, vytvořily bezdůvodnou bariéru pro vstup na trh novým kvalifikovaným

pokračování

dodavatelům – byť možná méně zkušeným co do dodávek a distribuce léčivých přípravků konkrétně do ordinací PZS.

[43] Pokud by měl sám zdejší soud aplikovat zásadu přiměřenosti, považuje za vhodné vyjít metodicky ze standardního testu proporcionality, který stojí na třech základních kritériích – a sice (i) vhodnosti, (ii) potřebnosti/nezbytnosti a (iii) přiměřenosti v užším smyslu. Splnění prvního kroku testu proporcionality implikují základní skutkové a právní okolnosti této věci. Nepřipuštění jiných dodavatelů než těch, kteří měli zkušenosti s dodávkou do ordinací PZS je způsobilé k dosažení stěžovatelkami sledovaného cíle, jímž byl především zájem na řádném plnění veřejné zakázky a skrze to též zájem na ochraně veřejného zdraví. V prvním kroku testu proporcionality – kritériu vhodnosti tedy zacílení referenčních zakázek na dodávku léčivých přípravků do ordinací PZS ob stojí. U druhého kroku testu proporcionality, tedy kritéria potřebnosti/nezbytnosti je tomu jinak; toto kritérium splněné není, neboť uvedeného cíle bylo možno dosáhnout mírnějšími prostředky se stejnou vhodností. Jinými slovy, striktní omezení referencí jen na přímou dodávku do ordinací PZS nebylo nezbytné, neboť tento typ dodávek se nijak zásadně nevyvíká dodávkám léčivých přípravků do jiných zdravotnických zařízení – nemocnic nebo lékáren; nelze proto předpokládat, že by se mu další subjekty disponující právě zkušeností s dodávkou do těchto zařízení nebyly schopny přizpůsobit. Jejich schopnosti a profesionalitu v tomto směru bylo možno testovat šetrněji – stanovením jiných kvalifikačních, příp. smluvních podmínek. Pokud jde o poslední krok testu proporcionality, tedy přiměřenost v užším smyslu, kdy je potřeba poměřit v kolizi stojící práva či zájmy, je třeba již jen pro úplnost uvést, že ani tento krok by splněn nebyl – zájem stěžovatelek jakožto zadavatele nemůže zcela převážít nad zájmem dodavatelů a zajištěním férové soutěže.

[44] Nastavením technické kvalifikace vždy z povahy věci dojde k omezení hospodářské soutěže; v souzené věci ovšem došlo k takovému omezení, které nelze akceptovat, neboť nebylo nezbytné z hlediska plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Námitky stěžovatelek stran specifik a významu zakázky, jimiž se stěžovatelky snažily obhájit nezbytnost omezení soutěže, neobstojí. Bylo na nich, aby v rámci zákonem široce nastaveného portfolia kritérií technické (příp. ekonomické či jiné) kvalifikace předmětnou zakázku zadaly přiměřeně a současně tak, aby dostaly svým základním povinnostem ohledně poskytování zdravotních služeb a předešly své správně-právní odpovědnosti. Poukaz na možné uložení pokuty za přestupek podle ZVZP proto považuje Nejvyšší správní soud za nepřítadný.

[45] Stěžovatelky své povinnosti zajistit poskytování hrazených služeb svým pojištěncům, včetně jejich místní a časové dostupnosti, mohly dostat i při méně striktním nastavení zadávacích podmínek, které by zachovaly zdravé soutěžní prostředí. Jakkoli je činnost stěžovatelek v péči o zdraví populace zásadní, neznamená to, že lze rezignovat na znění a základní zásady ZZVZ, který na jejich činnost taktéž dopadá. Obava stěžovatelek z nezkušeného dodavatele byla zbytečně přepjatá a nepodložená. Oporou pro postup stěžovatelek přitom nemohou být ani jimi avizované problémy z minulosti týkající se distribuce očkovací látky proti prasečí chřipce; z novinových článků, na které stěžovatelky odkazovaly, jsou sice patrné potíže s dostupností a s číslováním vakcín, neplyne z nich ovšem, že by měly být přičitatelné tehdejšímu distributorovi, resp. jeho nezkušenosti.

K tomu se přesvědčivě vyjádřil už krajský soud, který rovněž odmítl k důkazu navrhované vyjádření Ministerstva zdravotnictví a potvrdil důvodnost neprovedení tohoto důkazu ze strany žalovaného.

[46] Nejvyšší správní soud tomuto postupu nemá co vytknout a opakuje, že k posouzení věci nebylo třeba žádného odborného vyjádření, stanoviska anebo znaleckého posudku. Měla-li být vyjádřením Ministerstva zdravotnictví prokázána případná rizika spojená s nezkušeností vybraného dodavatele, opět je potřeba poukázat na možnost zadavatele – stěžovatelek – tato rizika minimalizovat jiným (šetrnějším) způsobem; zejm. prostřednictvím dalších kritérií technické kvalifikace, nikoli omezením referenčních zakázek na přímou distribuci/dodávku do ordinací PZS – tedy jen na konkrétní místo bez připuštění i jiných obdobných míst plnění, která z povahy věci připadala v úvahu. Omezení referenčních zakázek na distribuci/dodávku do ordinací PZS nedůvodně omezilo soutěž o veřejnou zakázku a s ohledem na naznačený systém dodávky očkovacích látek významně favorizovalo dodavatele z předcházejících období. I tento dodavatel však musel jednou začínat jako subjekt bez stěžovatelkami požadovaných zkušeností (očkovací látky původně zajišťovaly příslušné orgány ochrany veřejného zdraví či zdravotnická zařízení); přesto v praxi obstál, resp. není zřejmé, že by v důsledku jeho počáteční nezkušenosti byly dodávky očkovacích látek provázeny zásadními problémy.

[47] Skutečnost, že se dosavadní dodavatel plnění, které je předmětem veřejné zakázky, osvědčil, neznamená, že tímto dodavatelem bude nastálo. Není pochyb, že dodavatel se zkušeností skýtá vyšší míru záruky, že zakázka bude plněna řádně, nicméně nemusí se nutně jednat o natolik úzkou zkušenost, aby byla navázána výhradně na konkrétní místo plnění; mnohdy postačí jako relevantní zkušenost s plněním obdobným – zde: s dodávkou léčivých přípravků nejen do ordinací PZS, ale i do jiných zdravotnických zařízení (nemocnic, lékáren).

[48] Lze tedy shrnout, že krajský soud nepochybil, pokud podanou žalobu stěžovatelek zamítl jako nedůvodnou. Stěžovatelky veřejnou zakázku zadaly za současného nezákonného nastavení technické kvalifikace, čímž naplnily formální znaky přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ. Naplnily rovněž materiální znak tohoto přestupku – tedy společenskou škodlivost, kterou navíc zákonná úprava výslovně předpokládá (§ 270 odst. 1 ZZVZ), žalovaný ji proto nemusí vždy odůvodňovat, jak správně poznamenal krajský soud. Nejvyšší správní soud k tomu doplňuje, že se v daném případě jednalo o veřejnou zakázku s velmi vysokou předpokládanou hodnotou (2,8 mld. Kč bez DPH), přičemž soutěž o ni byla nedůvodně omezena na základě požadovaných referencí (bod 6.4.1. zadávací dokumentace). Tyto reference nebyly ve vztahu ke složitosti a rozsahu zakázky nezbytné a ve výsledku je lze hodnotit jako nepřiměřené a skrytě diskriminační.

[49] Nutno ještě pro úplnost připomenout, že výslovný požadavek na přiměřenost referencí vyžadovaných v rámci technické kvalifikace s sebou přinesla až současná právní úprava – tedy ZZVZ, který po vzoru zadávacích směrnic stanovil zásadu přiměřenosti též jako jednu ze základních zásad zadávání veřejných zakázek. Tuto zásadu však bylo možné dovodit již dříve - v rámci práva EU i předchozí vnitrostátní úpravy a na ni navazující judikatury; mezníkem byl v tomto směru zejm. rozsudek NSS č. j. 1 Afs 20/2008 - 152 ve věci *Lumius*, který se také týkal požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace.

pokračování

Nejvyšší správní soud v tomto rozhodnutí odlišil zjevnou a skrytou diskriminaci. Za skrytou diskriminaci pak považoval postup, kterým „*zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými“.*

[50] Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů, které se dovolávají i stěžovatelky s tím, že v jejich případě se o zjevnou (tedy excesivní) nepřiměřenost nejednalo. Nejvyšší správní soud tento názor nesdílí a připomíná, že současná zákonná úprava výslovně počítá s nepřiměřeností jako takovou, aniž by pochybení zadavatele muselo přesáhnout určité „zjevné“, excesivní meze. Navíc jak uvedl zdejší soud v citovaném rozsudku ve věci *Lumius*, je třeba postupovat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Tomuto požadavku žalovaný i krajský soud dostal, případ stěžovatelek vyhodnotil přísně individuálně a zjistil, že sporný požadavek technické kvalifikace vybočil z oprávněných potřeb předmětné zakázky daných její složitostí a rozsahem. Skutková podstata přestupku proto byla jednáním stěžovatelek naplněna, a to jak po stránce formální, tak materiální – zde je podstatný především výrazný dopad na hospodářskou soutěž a praktická eliminace jakékoli konkurence.

[51] Na uvedeném závěru nic nemůže změnit ani odkaz na usnesení ze dne 29. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0433/2018/VZ-32812/2018/533/BKu, kterým žalovaný zastavil řízení ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ proti obviněnému – městu Česká Lípa ve věci zadání veřejné zakázky na zajištění provozu městské autobusové dopravy, kdy bylo rovněž v rámci technické kvalifikace požadováno předložení referencí spočívajících v poskytování přepravních služeb v městské autobusové dopravě, aniž by bylo připuštěno i poskytování jiných druhů přepravních služeb. Z obsahu uvedeného usnesení je zřejmé, že žalovaný i v této věci zvažoval dopady zadávacích podmínek na hospodářskou soutěž a okruh potenciálních dodavatelů. A jde-li o výsledné posouzení, které je odlišné od případu stěžovatelek, nelze než poukázat na nutnost individuálního posouzení každé konkrétní věci, které musí být komplexní a nemusí být nutně stejné – byť se způsob sporného nastavení technické kvalifikace může zdát v principu podobný (ordinace vs. jiná zdravotnická zařízení a městská autobusová přeprava vs. jiné přepravní služby). Důležité je totiž zdůvodnění tohoto nastavení ze strany zadavatele, které bylo z povahy věci jiné – pramenilo ze skutkových odlišností daných předmětem té které zakázky; jiný byl i dopad do hospodářské soutěže a jiné tedy jistě může být i výsledné posouzení.

V. Závěr a náklady řízení

[52] Nejvyšší správní soud na základě shora uvedeného uzavírá, že řízení o kasační stížnosti žalobkyně/stěžovatelky e) zastavil, neboť nezaplatila včas soudní poplatek (srov. bod [19]). Kasační stížnosti ostatních žalobkyň/stěžovatelek a), b), c), d), f) a g) neshledal

Nejvyšší správní soud jako důvodné, a proto je v souladu s § 110 odst. 1 větou poslední s. ř. s. zamítl – výrok II.

[53] Jelikož bylo řízení o kasační stížnosti žalobkyně/stěžovatelky e) zastaveno, nemá podle § 60 odst. 3 ve spojení s § 120 s. ř. s. žádný z účastníků řízení právo na náhradu jeho nákladů – výrok III.

[54] O náhradě nákladů řízení o kasačních stížnostech žalobkyň/stěžovatelek a), b), c), d), f) a g) rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 větou první ve spojení s § 120 s. ř. s. Účastník, který měl ve věci plný úspěch, má právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů řízení před soudem od účastníka, který ve věci úspěch neměl. Úspěšnému žalovanému náklady nad rámec běžné administrativní činnosti v tomto řízení nevznikly, takže mu Nejvyšší správní soud náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech žalobkyň/stěžovatelek a), b), c), d), f) a g) nepřiznal – výrok IV.

[55] K zaplacení soudního poplatku po marném uplynutí lhůty se nepřihlíží; tato skutečnost ve svém důsledku zároveň způsobuje, že uplynutí lhůty má za následek zánik poplatkové povinnosti účastníka řízení. Žalobkyně/stěžovatelka e) tak zaplacením soudního poplatku po uplynutí lhůty – až dne 13. 4. 2021, kdy byla částka 5 000 Kč připsána na účet Nejvyššího správního soudu – splnila neexistující poplatkovou povinnost. Proto Nejvyšší správní soud rozhodl o vrácení (opožděně) zaplaceného soudního poplatku podle § 10 odst. 1 zákona o soudních poplatcích, který bude stěžovatelce e) vyplacen ve lhůtě podle § 10a odst. 1 téhož zákona k rukám jejího zástupce – výrok V.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 5, § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 20. září 2022

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu