



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho a Mgr. Petra Pospíšila ve věci

žalobce: **Fakultní nemocnice Olomouc**, IČO 00098892
sídlem I. P. Pavlova 6, 775 20 Olomouc
zastoupený advokátem JUDr. Karlem Vítkem
sídlem Dobrovského 25, 779 00 Olomouc

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R74/2014/VZ-11072/2015/323/PMo, ve znění opravného usnesení ze dne 21. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R74/2014/VZ-11998/2015/323/PMo,

takto:

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Výše označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 2. 2014, č. j. ÚOHS-S158/2012/VZ-3955/2014/523/JDo. Tímto rozhodnutím žalovaný rozhodl jednotlivými výroky následujícím způsobem:
 - I. Zadavatel (žalobce) se při zadávání zakázky „Systém navigované bronchoskopie“ (dále také jen „veřejná zakázka 1“) dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) tím, že porušil § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách tím, že výše specifikovanou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, aniž by byly naplněny zákonné podmínky nezbytné pro užití zadavatelem zvoleného druhu zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku (jednací řízení bez uveřejnění bylo oznámeno výzvou odeslanou dne 1. 6. 2009 a oznámení o zadání zakázky bylo do Informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 15. 7. 2009; kupní smlouva byla v této souvislosti uzavřena dne 26. 6. 2009).
 - II. Zadavatel (žalobce) se při zadávání veřejné zakázky „Multifunkční systém operačních sálů pro endoskopické operování“ (dále také jen „veřejná zakázka 2“) dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že porušil § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když z další účasti v zadávacím řízení nevyločil uchazeče TIMED, s.r.o. (dále jen „TIMED“), který jako zahraniční dodavatel ve smyslu § 51 odst. 7 v návaznosti na § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku (otevřené řízení o dané veřejné zakázce bylo do Informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 5. 6. 2009 pod ev. č. zakázky 60032363; kupní smlouva byla v této souvislosti uzavřena dne 26. 8. 2009).
 - III. Za spáchání specifikovaných správních deliktů byla dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalobci uložena pokuta ve výši 80 000 Kč.
2. Dne 21. 5. 2015 předseda Úřadu vydal opravné usnesení č. j. ÚOHS-R74/2014/VZ-11998/2015/323/PMo, kterým přistoupil k provedení nápravy ohledně chybně uvedeného data, resp. letopočtu v záhlaví rozhodnutí na str. 1 tak, že nově zní: „Brno 12. května 2015“.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

3. Žalobce v žalobě navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu, případně i žalovaného, zrušil. Pokud by soud shledal, že se žalobce vytýkaných správních deliktů dopustil, navrhl žalobce, aby soud rozhodl o upuštění od uložení pokuty nebo o jejím snížení v zákonných mezích.
4. Žalobce se domnívá, že žalovaný při hodnocení důkazů porušil zásadu materiální pravdy dle § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“) a zásadu volného hodnocení důkazů, když nepostupoval tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, zejména nepřihlédl ke skutečnostem, které jsou ve prospěch žalobce, ale naopak jen k těm, které jsou v jeho neprospěch, a všechny důkazy

nevyhodnotil v jejich vzájemné souvislosti. Zároveň žalovaný věc nesprávně právně posoudil, když dospěl k závěru, že v daném případě se žalobce dopustil správních deliktů tím, že porušil zákon o veřejných zakázkách. Poté předseda Úřadu v rámci svého rozhodnutí nezohlednil rozkladové námitky a potvrdil nezákonné prvostupňové rozhodnutí.

5. Pokud jde správní delikt týkající se zadávání veřejné zakázky „Systém navigované bronchoskopie“, kdy žalobce uzavřel kupní smlouvu se společností Medinet s.r.o. (dále jen „Medinet“), uvádí žalobce, že žalovaný nedostatečně zohlednil některé skutečnosti. Zejména jde o to, že bylo prokázáno z vyjádření žalobce ze dne 30. 5. 2012 a ze smlouvy o výhradním prodeji ze dne 10. 8. 2007 založené ve spise zadávacího řízení (*International distribution agreement*), že žalobce provedl před zadáváním této zakázky řádně průzkum trhu a zjistil, že předmětný systém (navigovaná bronchoskopie) má celosvětově jediného výrobce (společnost SuperDimension, Inc. z USA), který má pro Českou republiku výhradního distributora (Medinet), a proto tento systém nelze dodat jiným dodavatelem. V daném případě tak byly splněny podmínky pro zadání zakázky formou jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Navíc je v rozporu s výše uvedenými doklady tvrzení předsedy Úřadu, že by žalobce neprovedl průzkum trhu a že by to sám v rozkladu uznal.
6. Skutečnost, že žalovaný provedl následně s odstupem několika let v průběhu řízení o správním deliktu svůj „průzkum trhu“ dotazem na tzv. kompletátorské firmy (PURO-KLIMA, a.s., AMEDIS, spol. s r.o. a TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o.) a na základě něj dovodil možnost dodání tohoto systému i jiným dodavateli než výhradním distributorem, nemůže založit u žalobce odpovědnost za postihovaný správní delikt spáchaný v roce 2009. Je třeba zdůraznit, že pokud žalovaný osloví dodavatele, nejedná se o průzkum trhu, ale o žádost státního orgánu o poskytnutí informací, která je činěna v rámci jeho vrchnostenského postavení a nepochybně lze očekávat jinou míru ochoty odpovědět a rovněž jiný rozsah informací, a to i z toho důvodu, že se nejedná o komunikaci mezi soukromými subjekty v souvislosti s hospodářskou soutěží a s rozdílnými zájmy. Skutečnosti takto zjištěné žalovaným nelze považovat za relevantní, a nebyly v roce 2009 pro žalobce zjistitelné a dostupné v rámci uskutečněného průzkumu trhu.
7. Dalším pochybením žalovaného mělo být to, že neprovedl důkaz dotazem na nejvhodnější subjekt, a to na výhradního dodavatele, společnost Medinet, ač tak v rámci objasňování skutkového stavu bez důvodných pochybností z úřední povinnosti učinit měl. Společnost Medinet by dle názoru žalobce potvrdila, že v roce 2009 nebylo možno běžným průzkumem trhu zjistit jiného dodavatele než ji samotnou, případně že veškeré další informace byly důvěrné. Přitom tato společnost žalobci potvrdila, že tam, kde zadávací podmínky nevylučovaly její účast zejm. s ohledem na jiné dodávané celky, byla schopna se zadávacím řízením na navigovanou bronchoskopii zúčastnit jen ona. Navíc dle žalobce nelze žalovaným oslovené dodavatele (kompletátory) považovat za řádné dodavatele splňující zadávací podmínky už proto, že nebyli schopni sami zajistit zaškolení a servis navigované bronchoskopie (jak se žalovaný mylně domnívá), protože toho byla schopna dle dostupných dokladů a výhradní smlouvy pouze společnost Medinet.

8. Přestože si je žalobce vědom výjimečnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění, které jako typ zadávacího řízení vede k vyloučení soutěže o nejlepší cenu a podmínky, jako jeden z hlavních účelů zadávání veřejných zakázek, má za to, že formalistický přístup žalovaného a jeho předsedy vede k popření tohoto účelu právní regulace zadávání veřejných zakázek a k vytváření umělé soutěže tam, kde žádná soutěž o nejlepší cenu neexistuje. Žalobce má za to, že v daném případě prokázal, že byly splněny podmínky pro zadání zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a správní orgány postupovaly při svém rozhodování nezákonně. Žalobce se tudíž správního deliktu nedopustil.
9. Pokud jde správní delikt týkající se zadávání veřejné zakázky „Multifunkční systém operačních sálů pro endoskopické operování“ a společnosti TIMED, uvádí žalobce, že žalovaný i předseda Úřadu měl při posuzování odpovědnosti za tento správní delikt zohlednit skutečnost, že se v daném případě jednalo pouze o formální pochybení uchazeče (týkající se stáří dokladů), a že tento uchazeč podal nabídku jako jediný a nevyloučení uchazeče nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky a nevedlo k poškození jiného subjektu. V daném případě tak nebyla při posouzení odpovědnosti zohledněna společenská škodlivost deliktu. Dále sice předseda Úřadu dospěl oproti rozhodnutí žalovaného k závěru, že porušením zákona o veřejných zakázkách a správním deliktem není absence překladu ze slovenského do českého jazyka, avšak tuto změnu právního posouzení nezohlednil ve výši sankce.
10. Konečně u obou deliktů bylo při rozhodování o výši sankce i o vině ze strany správních orgánů nedostatečně zohledněno, že žalobce měl jednotlivé kroky při zadání předmětných veřejných zakázek schválené ze strany Ministerstva zdravotnictví. Navíc předseda Úřadu dostatečně nezohlednil rozkladové námitky žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí. Žalobce je přitom přesvědčen, že se správních deliktů, které jsou mu kladeny za vinu, nedopustil, že řízení o správních deliktech je postiženo vadami, a proto by soud měl napadená rozhodnutí zrušit jako nepřezkoumatelná a nezákonná.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě a replika žalobce

11. Žalovaný ve vyjádření k žalobě poukázal na to, že žalobce ve vztahu k předmětu veřejné zakázky 1 neprokázal existenci důvodů, které by jej opravňovaly k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Např. společnost TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o. již v roce 2007 uzavřela kupní smlouvu s Fakultní nemocnicí Brno na systém navigované bronchoskopie. I další dodavatelé mohli takovou dodávku realizovat, což mělo být žalobci v rozhodnou dobu známo. I za daného stavu věci měla být dána přednost řešení umožňujícímu soutěž mezi dodavateli a nelze vyloučit, že některý z úvahu přicházejících dodavatelů mohl poptávané plnění nabídnout za výhodnějších podmínek, byť by šlo o výrobek totožného výrobce.
12. Nelze akceptovat ani námitku, že oslovení možných dodavatelů žalovaným a získání informací tímto způsobem nemůže být relevantní. Žalovaný v řízení o podnětu předcházejícímu správnímu řízení požádal čtyři potenciální dodavatele o informace o jejich dodávkách systému navigované bronchoskopie, a to včetně doprovodných plnění (zaškolení, servisní zajištění apod.). Minimálně tři oslovené společnosti byly schopné, bez

ohledu na výhradní zastoupení společností Medinet, plnění požadované v rámci veřejné zakázky dodat. Takto získané informace jsou relevantní, žalovaný má možnost si před zahájením správního řízení opatřit vysvětlení dle § 137 správního řádu. Na závěry žalovaného by v kontextu výše uvedeného nemělo vliv ani to, kdyby oslovil společnost Medinet, jak navrhuje žalobce.

13. Co se týká správního deliktu vázícího se k veřejné zakázce 2, je třeba uvést, že materiální znak skutkové podstaty správního deliktu je naplněn za situace, kdy jednání zadavatele je způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Postačuje přitom pouhá možnost podstatného ovlivnění, o čemž kromě zákona o veřejných zakázkách svědčí i judikatura Nejvyššího správního soudu. V případě společnosti TIMED se naopak nejednalo o pouhé formální pochybení. Kdyby přitom byla z další účasti v zadávacím řízení vyloučena, byl by zadavatel musel dané zadávací řízení zrušit a zahájit nové zadávací řízení; v jeho rámci nelze vyloučit obdržení více nabídek či obdržení výhodnější nabídky.
14. Ve věci je irelevantní argumentace žalobce týkající se výše sankce v souvislosti s tím, že měl svůj postup schválený Ministerstvem zdravotnictví. Odpovědnost totiž nese jen zadavatel. Ani závěry předsedy Úřadu, který ve svém rozhodnutí vyloučil závěry žalovaného ohledně jednoho z dílčích pochybení vázících se k veřejné zakázce 2, nemůže na věci nic změnit. Sankce byla uložena v souladu s právními předpisy a v mezích správního uvážení.
15. Žalovaný je rovněž toho názoru, že postupoval v souladu se zásadou materiální pravdy a neopomněl (a to ani předseda Úřadu) vypořádat žádnou ze žalobcových námitek.
16. K vyjádření žalovaného podal žalobce repliku, v níž poukázal na časové souvislosti žalovaným uváděného kontraktu se společností TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o.; uzavření smlouvy mezi touto společností a Fakultní nemocnicí Brno předcházelo uzavření smlouvy o výhradním zastoupení mezi společnostmi SuperDimension a Medinet. Zároveň je třeba rozlišovat mezi ochotou oslovených společností odpovídat žalovanému, jakožto státnímu orgánu, a žalobci. Nadto tvrzení osloveného subjektu o tom, že by mohl předmět veřejné zakázky plnit, je ničím nepodloženou domněnkou. Přitom žalobce vycházel v dobré víře z toho, že systém navigované bronchoskopie může dodat jen výhradní prodejce, společnost Medinet. Pakliže jde o veřejnou zakázku 2, poznamenává žalobce, že předseda Úřadu v rozkladovém rozhodnutí dospěl k závěru, že se žalobce nedopustil jednoho z vytýkaných pochybení souvisejícího s nepředložením překladu ze slovenského jazyka společností TIMED. Tato skutečnost však nebyla zohledněna ve výši sankce a nabízí se otázka, jak je vůbec sankce stanovována s ohledem na všechny okolnosti případu a zda je její výše spravedlivá.

IV. Předchozí soudní řízení

17. Krajský soud v Brně již o věci jednou meritorně rozhodl rozsudkem ze dne 27. 6. 2017, č. j. 29 Af 56/2015-41 (všechna zde uvedená rozhodnutí správních soudů jsou dostupná na www.nssoud.cz), kterým rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2018, č. j. 9 As 216/2017-46, byl tento rozsudek zdejšího soudu zrušen a věc mu byla vrácena k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud konstatoval, že žalovaný pochybil, když na výzvu nepředložil krajskému soudu úplný správní spis, toto pochybení však nebylo důvodem pro

zrušení napadeného rozhodnutí, neboť krajský soud měl (při vědomí toho, že správní spis není úplný) žalovaného k jeho doplnění vyzvat. Jelikož tak neučinil, zatížil řízení vadou, která měla za následek nezákonnost rozhodnutí ve věci samé. Krajský soud v Brně byl rozsudkem Nejvyššího správního soudu zavázán, aby v dalším řízení učinil úkony nezbytné k doplnění správního spisu, a následně, bude-li to možné, žalobu řádně projednal a na základě v ní uplatněných žalobních bodů posoudil zákonnost napadených rozhodnutí.

V. Posouzení věci soudem

18. Zdejší soud, v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále též „s. ř. s.“) bez nařízení jednání přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejícího jeho vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.
19. V dané věci představuje jádro sporu otázka, zda se žalobce dopustil dvou shora vymezených správních deliktů. S tím pak souvisí posouzení správnosti udělené sankce. Jednotlivými takto vymezenými otázkami se bude soud v rámci samostatných částí tohoto rozsudku níže věnovat.

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

20. V případě veřejné zakázky 1 postupoval žalobce dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy že ji zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy dle tohoto ustanovení „[z]adavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže [...] veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem“.
21. Žalobce vycházel v zásadě z toho, že v daném případě byly splněny podmínky jednacího řízení bez uveřejnění s ohledem na skutečnost, že systém navigované bronchoskopie má celosvětově jediného výrobce, který má pro Českou republiku výhradního distributora, společnost Medinet. Proto se důvodně domníval, že mu daný systém může dodat pouze jmenovaná společnost.
22. Žalovaný a předseda Úřadu naproti tomu dospěli k závěru, že systém navigované bronchoskopie mohl žalobci v rozhodnou dobu dodat i jiný subjekt než společnost Medinet, proto nebyly splněny podmínky pro postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a žalobce se v souvislosti s veřejnou zakázkou 1 dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Svůj závěr žalovaný a předseda Úřadu opírali o podklady spočívající v odpovědích společností PURO-KLIMA, a.s., TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o. a AMEDIS, spol. s r.o. na dotazy žalovaného, zda tyto společnosti realizovaly dodávku systému navigované bronchoskopie, jakému subjektu dodávku dodaly, zda předmět dodávky zakoupily od společnosti Medinet a zda byly schopny tuto dodávku realizovat v roce 2009.
23. Při posouzení otázky, zda byla zadavatelem splněna zákonná kritéria pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, bylo třeba nejprve zvážit, zda byla žalovaným dodržena procesní pravidla, na jejichž základě lze dospět k relevantnímu výsledku.

24. Na základě studia spisového materiálu předloženého Nejvyšším správním soudem soud zjistil, že vyjádření uvedených společností, z nichž žalovaný vycházel (s výjimkou vyjádření společnosti TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o.), nejsou součástí správního spisu S 158/2012, ale jsou součástí podnětového spisu P 989/2011. Soud považuje soud za pochybení, že podklady, které byly součástí podnětového spisu, nebyly současně žarurnalizovány do správního spisu, a rovněž to, že ze správního spisu přímo neplyne, že podnětový spis je jeho součástí (spisový přehled pouze uvádí, že přílohou správního spisu je „dokumentace“) a na tuto skutečnost lze usuzovat až z obsahu písemností (zejména z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 22. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S158/2012/VZ-4871/2012/520/NGI), které na podnětový spis odkazují. Na druhou stranu je však zřejmé, že správní orgány k podnětovému spisu přistupovaly tak, že tento je součástí správního spisu, resp. že je jeho přílohou. Opak nebyl namítán ani žalobcem, který se jak ve správním, tak v soudním řízení věcně vyjadřoval ke skutkovým závěrům učiněným na základě podkladů obsažených v podnětovém spisu a tyto závěry zpochybňoval. Soud považuje za podstatné, že žalobci nebyla postupem žalovaného upřena žádná procesní práva, a shora uvedené vady, kterých se žalovaný dopustil při vedení spisu, tak nebrání soudu ve věcném přezkumu napadeného rozhodnutí.
25. Soud konstatuje, že jednací řízení bez uveřejnění, jako samostatný druh zadávacího řízení ve smyslu zákona o veřejných zakázkách, představuje svojí povahou výjimečný postup, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že tento druh zadávacího řízení je jediným druhem řízení, pro který neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů, zadavatel oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak dochází, ač k zákonem předvídanému, omezení hospodářské soutěže.
26. Jednací řízení bez uveřejnění představuje druh zadávacího řízení s nejnižší mírou transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže. I z tohoto důvodu právní úprava zákona o veřejných zakázkách i směrnice Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, omezuje možnosti jeho využití a taktéž judikatura Soudního dvora Evropské unie se ustálila na výkladu, že právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění nelze vykládat jinak než restriktivně [srov. např. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci Komise v. Itálie (C-199/85), ze dne 17. 11. 1993 ve věci Komise v. Španělsko (C-71/92), či ze dne 14. 9. 2004 ve věci Komise v. Itálie (C-385/02)]. Platí rovněž, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž). Zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž subjekt vstupuje do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců.
27. Specifikem jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je, že veřejná zakázka může být na základě některého ze zde uvedených důvodů splněna pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. Musí tedy být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy

neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. Objektivní nemožnost v uvedeném smyslu je pak třeba zkoumat k okamžiku zahájení tohoto druhu jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky (srov. Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer (ČR), 2006.)

28. Soud se ztotožnil se závěry žalovaného, že žalobce neprokázal existenci důvodů, které by jej opravňovaly k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.
29. Žalobce ve vztahu k použití tohoto postupu argumentoval tím, že systém navigované bronchoskopie mohl dodat jediný dodavatel, neboť v České republice existuje pouze jediný výhradní distributor jediného výrobce systému, (společnost Medinet), tato argumentace však neobstojí. Jak bylo uvedeno výše, nutnou podmínkou pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění, a to z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu, o žádný z těchto případů však v dané věci nešlo.
30. Soud stejně jako žalovaný nezpochybňuje tvrzení žalobce, že systém navigované bronchoskopie má celosvětově jediného výrobce a pro Českou republiku jediného výhradního distributora (společnost Medinet), to však neznamená, že společnost Medinet je jediným možným dodavatelem tohoto systému. Společnost Medinet je jako výhradní distributor jediná oprávněna uvádět systém do tržního prostředí České republiky, sama však případným dalším prodejem předmětného systému dalším subjektům (např. kompletačním firmám) určitý druh trhu s tímto specifickým výrobkem vytváří. Subjekty, které systém navigované bronchoskopie koupí od společnosti Medinet, jsou tak nepochybně schopné tento systém následně dodat zadavateli a tím uspokojit jeho potřebu požadovaného plnění. Na základě šetření provedeného mezi subjekty podnikajícími v této oblasti ostatně žalovaný zjistil, že minimálně některé z nich (PURO-KLIMA, a.s., TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o. a AMEDIS, spol. s r.o.) byly v minulosti dodavateli totožného plnění v jiných veřejných zakázkách. V této souvislosti soud konstatuje, že předložený spisový materiál (ani správní spis, ani podnětový spis) neobsahoval vyjádření společnosti TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o., na které žalovaný poukazoval, ale jen vyjádření zbývajících oslovených společností, přičemž skutečnost, že by vyjádření společnosti TRANSKONTAKT-MEDICAL s.r.o. bylo součástí spisu, nevyplývá ani ze spisového přehledu. Bez ohledu na relevanci tohoto jednoho vyjádření však na základě ostatních podkladů obsažených ve spise není pochyb o tom, že na trhu mohou existovat i jiné subjekty než společnost Medinet, které by mohly být schopny poptávaný systém navigované bronchoskopie zadavateli dodat.
31. Soud se ztotožnil i s konstatováním žalovaného, že účast dalších subjektů ve výběrovém řízení může představovat určitou kontrolu ceny, za kterou je předmět plnění nabízen, a to jak ve vztahu k ostatním dodavatelům, tak ve vztahu k ceně, za kterou systém nabízí výhradní distributor – společnost Medinet. Není vyloučeno, že pokud by zadavatel zadal

veřejnou zakázku v takovém druhu zadávacího řízení, které umožňuje konkurenci a vzájemnou soutěž dodavatelů, mohl by obdržet od jiného dodavatele (nebo i od společnosti Medinet) nižší nabídku než v projednávaném případě. Žalobce tedy tím, že zadal předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, zcela zamezil konkurenci dodavatelů a tím související soutěži o cenu.

32. Pokud žalobce namítal, že žalovaným oslovené společnosti nelze považovat za řádné dodavatele proto, že nebyli schopni sami zajistit zaškolení a servis, tuto skutečnost žalobce jednak nijak neprokázal, a jednak není podstatné, zda by zaškolení a servis byly provedeny samotným dodavatelem, nebo prostřednictvím společnosti Medinet, od kterého dodavatel poptávaný systém zakoupí. Tuto žalobní námitku tedy soud neshledal důvodnou.
33. Neobstojí ani argumentace, že žalovaným zjištěné informace o existenci kompletátorů, kteří systém navigované bronchoskopie nakupovali od společnosti Medinet, nebyly pro něj zjištěné, a proto na základě těchto zjištění nemohl být postižen za správní delikt. Správní delikt nebyl žalobcem spáchán tím, že nezjistil, kteří konkrétní dodavatelé byli schopni systém navigované bronchoskopie zadavateli dodat, ale tím, že zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro tento postup byly splněny zákonné podmínky. Jak správně konstatoval předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí, odpovědnost za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je objektivní, jedná se tedy o odpovědnost za výsledek či způsobený stav, a to bez ohledu na zavinění. Skutečnost, zda žalobce věděl či mohl vědět o existenci kompletátorů, kteří předmětné plnění kupovali od společnosti Medinet, proto není pro posouzení věci relevantní. Na závěru, že nebyly splněny podmínky pro postup dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jelikož se nejednalo o plnění, které by mohlo být dodáno pouze jediným dodavatelem, by nemohlo nic změnit ani vyjádření společnosti Medinet, žalovaný proto nepochybil, pokud dotaz na tuto společnost neučinil. Ze správního spisu ostatně nevyplývá, že by žalobce v průběhu správního řízení provedení tohoto dotazu navrhoval.
34. Ze všech uvedených důvodů dospěl soud stejně jako žalovaný k závěru, že subjekty, které systém navigované bronchoskopie zakoupí od výhradního distributora, je třeba považovat za potenciální dodavatele ve smyslu § 17 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a proto nelze souhlasit s tvrzením žalobce, že se jedná o plnění, které je schopen dodat pouze jediný dodavatel, a to společnost Medinet. Z předložené dokumentace nevyplývá ani jiná specifická poptávaného předmětu plnění, která by zadavatele opravňovala k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Lze tedy uzavřít, že žalobce jako zadavatel při zadávání veřejné zakázky 1 nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, neboť veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž byla splněna podmínka nutnosti realizace plnění pouze určitým dodavatelem. Tento postup zadavatelem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel zadal veřejnou zakázku v takovém druhu zadávacího řízení, který umožňuje konkurenci a vzájemnou soutěž dodavatelů, není vyloučeno, že by mohl dosáhnout nižší nabídkové ceny, než tomu bylo v šetřeném případě.

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

35. Druhá posuzovaná otázka spočívá v tom, že se žalobce při zadávání veřejné zakázky 2 měl dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že porušil § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když z další účasti v zadávacím řízení nevyloučil uchazeče TIMED, který jako zahraniční dodavatel ve smyslu § 51 odst. 7 v návaznosti na § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neprokázal splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Soud se domnívá, že i v tomto případě rozhodl předseda Úřadu (i žalovaný) správně a přezkoumatelně.
36. Soud souhlasí se závěry předsedy Úřadu (a žalovaného), že v případě společnosti TIMED se jednalo o zahraničního dodavatele se sídlem ve Slovenské republice, který měl k prokázání základních kvalifikačních předpokladů doložit jak doklady ze země svého sídla, tak také z České republiky, neboť základní kvalifikační předpoklady podle § 53 odst. 1 písm. a), b), f), g) a h) zákona o veřejných zakázkách musí prokázat jak ve vztahu k České republice, tak také ve vztahu ke svému sídlu, tedy ke Slovenské republice. Tento požadavek vyplývá z § 51 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 53 odst. 1 zákona téhož zákona.
37. Žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí poukázal na vytýkané porušení zákona o veřejných zakázkách uchazečem TIMED v rámci veřejné zakázky 2, a sice na to, že tento uchazeč zadavateli (tedy žalobci) v rámci splnění kvalifikace v nabídce vůbec nedoložil doklady Slovenské republiky ve smyslu § 53 odst. 1 písm. a), b), f), g) a h) zákona o veřejných zakázkách. Tyto doklady žalovaný označil jako: „Výpisy z registra trestov“, „Potvrdenie miestne príslušného úradu“ o tom, že uchazeč TIMED nemá nedoplatky na dani v zemi svého sídla a „Potvrdenie ohľadne zdravotného, sociálneho poistenia“ vydávaného Sociálnou poisťovňou a zdravotnou poisťovňou. Absence uvedených dokladů je v podstatě nesporná, a to i s tím, že ani žalobce tuto skutečnost nijak nerozporuje, když uvádí pouze to, že nedostatky byly jen formálního charakteru. Lze přitom souhlasit s předsedou Úřadu, že nedostatek daných dokladů v nabídce společnosti TIMED sama o sobě zakládá zákonný důvod pro vyloučení tohoto uchazeče z další účasti v zadávacím řízení v rámci veřejné zakázky 2 dle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, což žalobce neučinil.
38. Předseda Úřadu dále v odůvodnění svého žalobou napadeného rozhodnutí vyslovil souhlas se závěrem žalovaného, že uchazeč TIMED v nabídce doložil „Potvrdenie o zapísaní do zoznamu podnikateľov“ vydaný Úradom pre verejné obstarávanie, tedy výpis ze zahraničního seznamu kvalifikovaných dodavatelů dle § 143 odst. 1 zákona, který však nelze akceptovat, neboť je starší než 3 měsíce. Zdejší soud s tímto konstatováním, stejně jako se závěrem, že předmětné potvrzení bylo slovenským Úradom pre verejné obstarávanie vydáno dne 12. 3. 2009, a tedy nevyhovovalo požadavkům zákona o veřejných zakázkách, souhlasí. Jak totiž bylo stanoveno v článku 5 zadávací dokumentace, posledním dnem pro podání nabídek bylo datum 29. 7. 2009. V daném případě se jednalo o otevřené řízení, pročez byla ve vztahu k určení stáří dokladů rozhodující lhůta pro podání nabídek. Z hlediska stáří výpisu je tedy rozhodující skutečností, že posledním dnem pro prokázání splnění kvalifikace bylo datum 29. 7. 2009, kterým je rovněž datován protokol o otevírání obálek (v tomto smyslu viz *Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. a kol. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. APSI ID: KO137_2006CZ, komentář k § 143*

odst. 4 zákona o veřejných zakázkách). Je tedy zřejmé, že k tomu dni bylo předmětné „Potvrdenie o zapísaní do zoznamu podnikateľov“ ze dne 12. 3. 2009 starší než 3 měsíce, čímž uchazeč TIMED porušil § 143 odst. 4 věta první zákona o veřejných zakázkách. Zde soud opět souhlasí s názorem předsedy Úřadu, že i toto porušení zákona o veřejných zakázkách společností TIMED je samo o sobě důvodem pro vyloučení tohoto uchazeče z další účasti v zadávacím řízení v rámci veřejné zakázky 2. Ostatně žalobce skutečnost, že společnost TIMED předložila žalobci v pozici zadavatele výpis ze zahraničního seznamu starší tří měsíců, ani žalobce nijak zvláště nerozporoval, a to ani v rozkladu, ani v žalobě. V žalobě se opět omezil jen na sdělení, že tento nedostatek je dle něj v podstatě formální povahy.

39. Co se týká rozporované společenské nebezpečnosti správního deliktu spojené s veřejnou zakázkou 2, je si soud vědom argumentace žalobce spojené např. s tvrzením o výhodnosti zvoleného postupu např. s ohledem na zájmy pacientů či hospodárnosti za situace, kdy společnost TIMED byla jediným uchazečem. Zároveň však dle názoru soudu tato argumentace nic nemění na tom, že správní delikt spáchán byl, přičemž podmínky posuzování společenské nebezpečnosti správních deliktů na poli veřejných zakázek jsou nastaveny poměrně přísně. V tomto ohledu soud odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu, potažmo na vyjádření žalovaného k žalobě.
40. Lze tak souhlasit s žalovaným, že materiální znak skutkové podstaty správního deliktu spáchaného žalobcem je naplněn za situace, kdy je jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu, např. z jeho rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28, „[v] projednávané věci je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom *expressis verbis* plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“ Postačí tedy „pouhá“ možnost (potentialita) podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak uvedl ve vyjádření k žalobě i žalovaný, v daném případě byla podmínka možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky splněna, přičemž jednáním žalobce byly naplněny všechny pojmové znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na konkrétní okolnosti věci by v případě vyloučení společnosti TIMED z další účasti v zadávacím řízení zadavatel byl povinen dané zadávací řízení zrušit a zahájit nové zadávací řízení. Přitom tato skutečnost mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť v rámci nově zahájeného zadávacího řízení mohl zadavatel obdržet více nabídek, resp. mohl obdržet výhodnější nabídku od některého z případných uchazečů.
41. Navíc se ve věci obdobně uplatní judikatura Nejvyššího správního soudu, dle které naplní-li určitá osoba formální znaky skutkové podstaty přestupku (v nyní posuzovaném případě se přitom nejednalo o přestupek, ale o jiný správní delikt, ovšem zde zmíněné principy je třeba vztáhnout i na tuto situaci), je nutno mít za to, že je naplněn i znak materiální, ledaže

by existovaly zvláštní okolnosti případu, jež by nebezpečnost příslušného jednání snižovaly natolik, že by materiální znak naplněn nebyl (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 137/2011-12, dostupný na www.nssoud.cz). Jak již také judikoval Nejvyšší správní soud, „[o]kolnostmi, jež snižují nebezpečnost jednání pro chráněný zájem společnosti pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy přestupků, mohou být zejména, avšak nikoliv výlučně, význam právem chráněného zájmu, který byl přestupkovým jednáním dotčen, způsob jeho provedení a jeho následky, okolnosti, za kterých byl přestupek spáchán, osoba pachatele, míra jeho zavinění a jeho pohrnutí. Okolnosti, jež vylučují porušení nebo ohrožení zájmu společnosti, musí být ovšem posuzovány vždy v každém konkrétním případě“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-12, publikovaný pod č. 2011/2010 Sb. NSS). Takové okolnosti však dle názoru zdejšího soudu nenastaly, a to i vzhledem k tomu, že v posuzované věci se jednalo o poměrně běžný případ zadávacího řízení, kdy i pochybení uchazeče TIMED bylo poměrně „standardní“ a nebyly vykazány takové okolnosti, které by skutečně materiální stránku správního deliktu snižovaly pod společností pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy.

V. c) Nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy Úřadu a výše sankce

42. Žalobce v žalobě dále namítal nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy Úřadu v důsledku toho, že nebyly dostatečně zohledněny rozkladové námitky. Konkrétně však žalobce neuvedl, v čem měla konkrétně nepřezkoumatelnost daného rozhodnutí spočívat, resp. na které konkrétní rozkladové námitky předseda Úřadu nereagoval. Lze tak spíše mít za to, že žalobce má na mysli, že jeho námitkám nebylo dopřáno sluchu takovým způsobem, jakým by si představoval. Odlišný právní názor předsedy Úřadu však v tomto smyslu nelze interpretovat jako nepřezkoumatelnost, ale spíše jako doklad trvajícího rozporu v názorech žalobce a správního orgánu. Namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí proto soud nepřisvědčil.
43. Neobstojí ani námitka žalobce, že při rozhodování o vině a o výši sankce nebylo ze strany správních orgánů zohledněno, že žalobce měl jednotlivé kroky při zadání předmětných veřejných zakázek schválené ze strany Ministerstva zdravotnictví. K této okolnosti se dostatečným způsobem vyjádřil předseda Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí (konkrétně v bodě 32), kde uvedl, že s ohledem na objektivní odpovědnost zadavatele za správní delikt je irelevantní, zda postup žalobce v daném případě odsouhlasilo Ministerstvo zdravotnictví, jelikož odpovědnost za postup podle zákona leží výlučně na něm jako na zadavateli. Postup zadavatele je nezbytné posuzovat podle objektivních dopadů na zadávací řízení, tedy na reálnou možnost ovlivnění počtu uchazečů o veřejnou zakázku.
44. Soud nepřisvědčil ani námitce, že předseda Úřadu pochybil, pokud dospěl k závěru, že porušením zákona o veřejných zakázkách a správním deliktem není absence překladu ze slovenského do českého jazyka (v případě veřejné zakázky 2), avšak tuto změnu nezohlednil ve výši uložené sankce. Je třeba zdůraznit, že pozdější právní úprava (podle níž již dodavatel nemá povinnost připojit k dokladům ve slovenském jazyce úředně ověřený překlad do jazyka českého) byla předsedou Úřadu aplikována pouze ve vztahu k jednomu z dílčích pochybení v rámci správního deliktu konstatovaného ve výroku II.

prvostupňového rozhodnutí. Tento závěr však nemůže nic změnit na skutečnosti, že zadavatel spáchal předmětný správní delikt, včetně jeho následků vedoucích k podstatnému ovlivnění, resp. k možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jak správně uvedl předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí, pochybení žalovaného spočívající v tom, že ve vztahu k jednomu z dílčích porušení zákona nepřihlédl k příznivější úpravě, nemohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť i zbývající důvody, pro které uchazeč TIMED nesplnil požadavky zadavatele na kvalifikaci, byly samy o sobě důvodem pro vyloučení uchazeče z účasti v zadávacím řízení. Pochybení žalovaného nemohlo mít vliv ani na výši uložené pokuty, neboť zadavateli byla uložena pokuta za spáchání správního deliktu bez ohledu na to, z kolika důvodů měl být uchazeč TIMED vyloučen. Tato skutečnost se ve stanovení výše pokuty nijak neodrazila, přičemž se nejedná ani o polehčující okolnost. S takovýmto odůvodněním se zdejší soud zcela ztotožnil.

45. Co se týče žádosti žalobce na upuštění od uložení sankce, resp. na její snížení ve smyslu § 65 odst. 3 s. ř. s., k takovému postupu soud neshledal důvod. Žalobce ostatně neuvedl žádné skutečnosti nasvědčující tomu, že uložená sankce byla zjevně nepřiměřeně vysoká, jak požaduje § 78 odst. 2 s. ř. s.

VI. Závěr a náklady řízení

46. Na základě výše uvedeného soud žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná. Neshledal rovněž, že by byly dány důvody pro moderaci uložené pokuty podle § 78 odst. 2 s. ř. s.
47. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl, ve spojení s § 110 odst. 3 s. ř. s., podle něhož zruší-li Nejvyšší správní soud rozhodnutí krajského soudu a vrátí-li mu věc k dalšímu řízení, rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí i o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, protože mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

Poučení:

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

Brno 28. března 2019

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu