



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **Univerzita Pardubice**, se sídlem Studentská 95, Pardubice, zastoupeného JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem se sídlem Ostrovského 253/3, Praha 5, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R446/2014/VZ-37220/2015/321/MMI,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á**.
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se včas podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného, kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno prvostupňové

rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S736/2014/VZ-26609/542/MBa. Podle tohoto rozhodnutí se měl žalobce, jakožto zadavatel, dopustit správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což mu byla podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona uložena pokuta ve výši 60 000 Kč.

Žalobce byl zadavatelem veřejné zakázky „*Dodávka laboratorní technologie pro sekci DS*“ v otevřeném zadávacím řízení, kdy předmětem plnění této veřejné zakázky byla dodávka laboratorní technologie pro sekci dopravního stavitelství do nově budovaného Výzkumného a výukového centra v dopravě umístěného v Technologickém areálu Univerzity Pardubice. Tato veřejná zakázka byla rozdělena do deseti částí s tím, že uchazeči mohli podávat nabídky na jednu, na několik nebo na všechny části veřejné zakázky. Žalobce jako základní hodnotící kritérium stanovil nejnížší nabídkovou cenu. Žalobce následně rozhodl o výběru nejvhodnějších nabídek na jednotlivé části předmětné veřejné zakázky a uzavřel s vybranými uchazeči kupní smlouvy (na část I dne 27. 6. 2013, část II a IV dne 28. 6. 2013, část III 26. 6. 2013, část V dne 17. 7. 2013, část VI a VII dne 18. 7. 2013, část VIII dne 16. 7. 2013, část IX dne 12. 7. 2013 a část X dne 11. 7. 2013).

Žalovaný obdržel podnět k prošetření postupu žalobce při zadávání veřejné zakázky „*Dodávka laboratorní technologie pro sekci DS*“, a protože na základě posouzení vyžádané dokumentace získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, podáním ze dne 30. 9. 2014, č. j. ÚOHS-S736/2014/VZ-18862/2014/542/Mba, zahájil z moci úřední správní řízení ve věci.

Dne 11. 12. 2014 žalovaný vydal pod č. j. ÚOHS-S736/2014/VZ-26609/542/MBa rozhodnutí, dle kterého se měl žalobce dopustit deseti správních deliktů (viz výroky I. až X. tohoto rozhodnutí) podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání veřejné zakázky „*Dodávka laboratorní technologie pro sekci DS*“ nepostupoval v souladu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když v rozporu se zásadou zákazu diskriminace v rámci návrhu kupních smluv pro jednotlivé části veřejné zakázky požadoval zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době. Tím měl žalobce postupovat současně i v rozporu s ustanovením § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, neboť tak omezil účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávaným částem veřejných zakázek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel kupní smlouvy na předmětné části veřejných zakázek. Za spáchání těchto správních deliktů byla žalobci uložena pokuta ve výši 60 000 Kč.

Žalobce napadl toto rozhodnutí žalovaného rozkladem, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 4. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R446/2014/VZ-37220/2015/321/MMI, jako nedůvodný zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Obsah žaloby

Žalobce spatřoval nezákonnost napadeného rozhodnutí v tom, že i přes úplné zjištění skutkového stavu žalovaný v rovině právní zcela nesprávně posoudil zadávací podmínky a předmětné zadávací řízení a z takto provedeného právního posouzení pak i vyvodil nesprávné právní závěry.

Žalobce poukázal na skutečnost, že dle žalovaného sice bylo právem žalobce (jakožto zadavatele veřejné zakázky) nastavit si zadávací podmínky tak, aby mu co nejvíce vyhovovaly z hlediska ekonomické výhodnosti. Současně však byl „sešněrován“ představou žalovaného o nediskriminační svěřací kazajce, aby takové požadavky na provádění servisních prací mohly být stanoveny pouze v rámci dojezdových časů nebo v rámci pěti dnů, které žalobce určil v zadávacích podmínkách.

Dále byl žalobce přesvědčen, že žalovaný postupoval nesprávně, ba až dogmaticky, pokud na daný případ aplikoval dosavadní judikaturu správních soudů týkající se skryté diskriminace (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 10. 2007, č. j. 62 Ca 9/2007 - 104, a Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152), která je dle názoru žalobce zastaralá. S odkazem na čl. 44 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, se žalobce dovolával zásady proporcionality, jelikož jeho požadavek na „*zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době*“ nebyl dle žalobce nijak nepřiměřený nebo excesivní, a tudíž ani v rozporu se zásadou diskriminace. K tomu žalobce dále uvedl, že zjevnou nepřiměřenost je třeba posuzovat vždy s ohledem na individuální kauzu. Proto i v rámci obecně platné judikatury zakazující jakoukoli formu zřejmé či latentní diskriminace jsou v rámci nepřeborného množství jednotlivých předmětů veřejných zakázek mezi nimi i takové specifické předměty plnění, které zadavatele opravňují k tomu, že požadavek „*zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době*“ není a ani nemůže být ve vztahu ke specifickému předmětu považován za diskriminační. Žalobce byl přesvědčen, že právě tak tomu bylo i v daném případě, jelikož parametry složitých technických zařízení z hlediska váhy, rozměrů, kotvení, napojení na rozvody v budově či možnosti manipulace s nimi žalobce k takovému požadavku plně opravňovaly.

Žalobce v podané žalobě poukazoval také na vazbu sporného požadavku v zadávací dokumentaci na dřívější zadávací řízení na stejný předmět plnění, kdy uvedl, že musela být zrušena, a to buď pro nepodání nabídky, pro podání jedné nabídky nebo pro podání dvou až tří nabídek, které však neobsahovaly žalobcem požadované informace či doklady. I s ohledem na tuto skutečnost žalobce dovozoval, že takto stanovený požadavek nebyl nijak excesivní, naopak měl vést k naplnění další ze zásad zákona o veřejných zakázkách, a to k hospodárnému vynakládání veřejných prostředků. Dle žalobce tedy bylo logické, že pokud by na celém světě existovali potenciální uchazeči, kteří by měli zájem podat nabídku již v prvním zadávacím řízení, učinili by tak hned poprvé, a neodradil by je proto citovaný požadavek v zadávací dokumentaci.

Žalobce taktéž namítal, že požadavek na dojezdový čas pro zajištění servisu by byl stejně diskriminační jako požadavek na servisní středisko na území České republiky. V této souvislosti odkázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 20. 11. 2009, č. j. S186/2009/VZ-13332/2009/520/JHI, k čemuž zároveň doplnil, že v dnešním globálně propojeném světě mají navíc všichni dodavatelé čehokoli na trhu v jiných zemích svá obchodní a servisní zastoupení, a jsou zatěžováni spíše administrativní náročností a délkou správního řízení před žalovaným.

Dle žalobce navíc žalovaný nevzal v úvahu skutečnost, že za pozáruční servis bude žalobce nucen platit, a tedy bylo v jeho ekonomickém zájmu, aby tyto náklady byly co nejnižší. Žalobce dále vysvětloval, proč nezvolil jako hodnotící kritérium veřejné zakázky ekonomickou výhodnost, a dále popsal fungování dotačního programu, jehož v daném případě při financování předmětné veřejné zakázky využil. S ohledem na vše výše uvedené proto žalobce v závěru žaloby navrhl, aby krajský soud napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí, zrušil a žalovanému uložil povinnost nahradit žalobci náklady soudního řízení.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření k podané žalobě zrekapituloval průběh předcházejícího správního řízení a upozornil na skutečnost, že žalobní námitky jsou tytéž, jaké byly žalobcem uplatněny v rámci rozkladu směřujícího proti rozhodnutí prvního stupně. Žalovaný proto v plném rozsahu odkázal na napadené rozhodnutí a rozhodnutí prvního stupně, kde všechny tyto námitky již dříve vypořádal.

Žalovaný dále uvedl, že stěžejní žalobní námitka směřuje do posouzení, zda bylo možné na daný případ aplikovat stávající soudní judikaturu, přičemž žalobce měl za to, že se jedná o judikaturu zastaralou a ve vztahu k projednávané věci nepřípadnou. K této námitce žalovaný odkázal na bod 38. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí a shrnul, že v žádném ze svých rozhodnutí nezpochybňoval žalobcovo právo požadovat, aby záruční či pozáruční servis byl prováděn přímo u žalobce, ani že by žalobce nebyl oprávněn požadovat, aby byl nástup na takové opravy realizován dodavatelem do pěti dnů od nahlášení závady kupujícím kontaktní osobě. Žalovaný nesouhlasil s tvrzením žalobce, že by judikaturu aplikoval na daný případ mechanicky, neboť se v napadeném rozhodnutí vypořádal s tím, proč je možné předmětnou judikaturu aplikovat na řádně zjištěný skutkový stav věci. Námitku shodného obsahu ostatně již vypořádal v bodě 38. a násl. napadeného rozhodnutí.

Žalovaný se zabýval také tvrzením žalobce, že všichni potenciální zahraniční výrobci mají své pobočky či smluvně zajištěné servisní organizace se sídlem v České republice, a proto nemohlo dojít k diskriminaci zahraničních dodavatelů. K tomu žalovaný v první řadě odkázal na prvostupňové rozhodnutí, v němž uvedl, že dle rozhodovací praxe k tomu, aby bylo možné konstatovat spáchání správního deliktu, postačuje, aby zde existovala potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Žalovaný tedy nemusel prokazovat, že k takovému ovlivnění skutečně došlo.

Žalovaný měl dále za to, že úvahy žalobce uvedené v podané žalobě z velké části vůbec nesplňují požadavky ustanovení § 71 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního,

ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), jelikož z nich není patrné, v čem žalobce spatřuje nezákonnost či nicotnost napadeného rozhodnutí. K úvahám žalobce, že požadavek na tzv. dojezdovou dobu je stejně diskriminační, jako požadavek na zřízení servisního střediska na území České republiky, odkázal žalovaný na bod 35. napadeného rozhodnutí. Současně měl žalovaný za to, že úvahy žalobce nad tím, co zahraniční zadavatelé považují za diskriminační a co údajně způsobuje jejich deprivaci, nemohou být žalobními námitkami, neboť z nich není patrné, v čem konkrétně by mělo být napadené rozhodnutí nesprávné. Žalovaný proto navrhl, aby krajský soud podanou žalobu zamítl.

IV. Replika žalobce

Žalobce reagoval na vyjádření žalovaného podáním repliky. K tvrzení, že v podané žalobě uvedl pouze své úvahy, ke kterým se žalovaný již nemohl nijak vyjádřit, žalobce odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2005, č. j. 2 Azs 92/2005 - 58. Dále obsáhle zopakoval své argumenty týkající se omezené použitelnosti platné judikatury zabývající se zákazem diskriminace na daný případ. Žalobce byl nadále přesvědčen, že předmětný požadavek v zadávací dokumentaci veřejné zakázky nemohl být diskriminační z důvodu technicky specifických vlastností a charakteristik požadovaného zboží (resp. výrobků), ale také i z důvodu dostatečně velkého počtu výrobců a dodavatelů těchto výrobků a zařízení na relevantním trhu, a tedy i dostupnosti získání tohoto zboží. Do repliky žalobce za tímto účelem vložil také jmenovitý seznam českých a zahraničních výrobců a dodavatelů a servisních středisek na území České republiky.

V. Posouzení věci krajským soudem

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.) a jedná se o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.). Vzhledem k tomu, že žalovaný ve lhůtě dvou týdnů ode dne doručení výzvy nevyjádřil nesouhlas s projednáním věci bez nařízení jednání, ačkoli byl poučen o tom, že nevyjádří-li svůj nesouhlas, bude se mít za to, že souhlas je udělen, a žalobce s tímto postupem výslovně souhlasil, rozhodl soud v souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. o věci samé bez jednání.

Dle ustanovení § 75 odst. 1, 2 s. ř. s. vycházel soud při přezkoumání žalobou napadeného rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

V nyní projednávané věci je mezi účastníky řízení předmětem sporu, zda požadavek na „zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době“, stanovený žalobcem (jako zadavatelem) v zadávací dokumentaci výše specifikované veřejné zakázky, byl v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách; a zda takto stanoveným požadavkem v zadávací dokumentaci žalobce v rozporu s ustanovením § 6 odst. 2 téhož zákona současně omezil účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou

či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávaným veřejným zakázkám, a dopustil se tak správních deliktů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Žalobce přitom v podané žalobě nezpochybňoval závěry relevantní judikatury správních soudů, nýbrž možnost jejich, jak uvedl, „mechanické“ aplikace na daný případ.

Dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dle odst. 2 tohoto ustanovení zadavatel nesmí omezovat účast v zadávacím řízení těm dodavatelům, kteří mají sídlo nebo místo podnikání v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce.

Dle ustanovení § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

Dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách 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. Dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

Z obsahu spisové dokumentace krajský soud zjistil, že žalobce v zadávací dokumentaci, konkrétně ve vzorech jednotlivých kupních smluv pro části I až X veřejné zakázky „*Dodávka laboratorní technologie pro sekci DS*“ (příloha č. 2 zadávací dokumentace), a to v článku VI. Odpovědnost za vady, stanovil následující podmínky:

5. *Prodávající se zavazuje zajistit servisní středisko pro opravy zboží na území ČR v záruční i pozáruční době.*

6. *Na záruční opravy nastoupí prodávající v místě instalace zboží a to v pracovní dny v pracovní době nejpozději do 5 kalendářních dní od nahlášení závady kupujícím kontaktní osobě prodávajícího (...).*

Krajský soud předně uvádí, že vnímá v řadě případů nelehkou situaci žalobce jako zadavatele v procesu zadávání veřejných zakázek (danou složitostí procesu zadávacích řízení i vazbou na dotační orgány v situaci, kdy má být předmět plnění veřejné zakázky financován z dotačních prostředků) a rovněž nezpochybňuje právo žalobce vymezit si dle vlastních potřeb podmínky související s předmětem plnění veřejné zakázky, neboť je to právě zadavatel, který nejlépe zná své vlastní potřeby a je schopen je co nejpřesněji a věcně nejlépe definovat. Přesto však zadavatel musí mít na paměti, že je v tomto ohledu vázán pravidly obsaženými v § 6 zákona o veřejných zakázkách, mimo jiné i zásadou zákazu diskriminace, jejíž dodržení musí žalovaný v rámci přezkumu úkonů zadavatele přezkoumávat.

Žalovaný přitom v napadeném rozhodnutí [viz bod 39. odůvodnění] v této souvislosti zcela správně argumentoval závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publikovaného pod č. 1771/2009 Sb. NSS, v němž se Nejvyšší správní soud zabýval otázkami tzv. skryté diskriminace. Závěry obsažené v tomto soudním rozhodnutí, od něhož krajský soud nemá důvod se odchýlit ani v nyní posuzované věci, jsou přitom vystavěny na myšlence, že podle dikce § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Smyslem tohoto ustanovení je především vytváření podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Smysl a cíl zákazu diskriminace pak nutně vede interpreta § 6 zákona o veřejných zakázkách k závěru, že tento zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tj. v oblasti práva veřejných zakázek k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

V návaznosti na výše uvedené pak krajský soud považuje za podstatnou především tu část odůvodnění výše označeného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, v níž jsou obsaženy následující závěry: „*Krajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat 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. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy "zjevná nepřiměřenost" kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce.*“

Krajský soud doplňuje, že tyto závěry, byť je zřejmé, že byly vysloveny k otázce diskriminace stanovením požadavků na kvalifikaci, jsou obecně aplikovatelné také na veškeré postupy zadavatelů v zadávacích řízeních, tedy mj. i na stanovení způsobu hodnocení nabídek, na stanovení jiných (smluvních) podmínek, které musí být v případě uzavření smlouvy vybraným uchazečem plněny, tak i na samotné vymezení předmětu veřejné zakázky. „*Dodržet zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ, včetně zákazu diskriminace skryté, je třeba v průběhu celého zadávacího řízení při jakémkoli úkonu zadavatele, jehož smyslem je dodržet konkrétní předepsaný postup podle ZVZ (...)*“ (shodně k tomu srovnej rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012, č. j. 62 Af 57/2011 - 96, dostupný na www.nssoud.cz).

S ohledem na výše citované judikatorní závěry správních soudů se tedy krajský soud ztotožňuje s právním hodnocením žalovaného potvrzeným předsedou žalovaného v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že žalobce požadavkem na „zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době“,

stanoveným v zadávací dokumentaci, potenciálně omezil počet dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku (resp. o některou z jejích částí) ucházet. Žalobci přitom nelze dát za pravdu, pokud v podané žalobě namítal, že žalovaný na projednávaný případ zcela „mechanicky“ aplikoval osm let starou soudní judikaturu. V nyní souzené věci žalovaný zcela správně posoudil skutkové okolnosti případu, jednání žalobce zhodnotil jako naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a přitom aplikoval příléhavá rozhodnutí správních soudů, řešící otázky skryté diskriminace při zadávání veřejných zakázek, které se v průběhu času nezměnily a jsou stále platné, což dokládá i novější judikatura správních soudů, která z nich nadále vychází (k tomu srovnej např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 12. 2016, č. j. 3 As 50/2016 - 35, dostupný na www.nssoud.cz).

Z napadeného rozhodnutí přitom nevyplývá, že by žalovaný považoval za diskriminační či jinak v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách požadavek žalobce na zajištění samotného záručního a pozáručního servisu, stejně jako nebyl ze strany žalovaného rozporován požadavek na to, aby servisní oprava byla prováděna přímo v místě (sídle) žalobce a aby bylo na opravu nastoupeno do určité doby. Všechny tyto požadavky žalovaný respektoval, pokládal je za odůvodněné a prvek diskriminace shledal pouze u požadavku na zajištění servisního střediska na území České republiky, jelikož tento považoval ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti předmětů této konkrétní veřejné zakázky za nepřiměřený. S tímto hodnocením se krajský soud v dané věci ztotožňuje.

Stanovil-li žalobce jako zadavatel v obchodních podmínkách požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy zboží v záruční i pozáruční době na území České republiky, je nutno konstatovat, že nelze vyloučit, že takto nastavenou podmínkou skutečně mohlo dojít k omezení počtu dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku (resp. její jednotlivé části) ucházet. Na tomto závěru pak nemůže nic změnit ani průzkum trhu provedený žalobcem, na základě kterého tento v rámci podané repliky vyjmenoval řadu společností zabývajících se a specializujících na prodej a servis laboratorní techniky, které mají ve svém sortimentu výrobky odpovídající předmětům plnění částí I až X veřejné zakázky, včetně zahraničních výrobců majících na území oficiální česká zastoupení. Žalovaný v tomto ohledu připomněl geografickou polohu města Pardubice (jakožto sídla žalobce a shodně též místa plnění veřejné zakázky), kdy poukázal na skutečnost, že v případě některých potenciálních dodavatelů (např. z Polska) by vzdálenost servisního střediska od místa plnění veřejné zakázky mohla být i kratší než pro některé tuzemské dodavatele. Někteří ze zahraničních dodavatelů tak měli minimálně ztíženu účast v zadávacím řízení, ačkoli by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní, a to bez nutnosti zavádění dalších ekonomických či organizačních opatření (zde v podobě zřízení servisního střediska na území České republiky), neboť jediné, co je z podání nabídky v zadávacím řízení diskvalifikuje, je skutečnost, že nemají servisní středisko vymezené geograficky územím České republiky. V daném případě přitom nelze odhlížet od skutečnosti, že nová zásada zakotvená v § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách posiluje princip zákazu diskriminace právě vůči těm dodavatelům, kteří mají sídlo v členském státě Evropské unie a ostatních státech, které mají s Českou republikou či Evropskou unií uzavřenu mezinárodní smlouvu, zaručující přístup dodavatelů z těchto států k zadávané veřejné zakázce.

Pokud navíc žalobce v obchodních podmínkách jako další závaznou podmínku stanovil, že „na záruční opravy nastoupí prodávající v místě instalace zboží, a to v pracovní době nejpozději do 5 kalendářních dní od nahlášení závady kupujícím kontaktní osobě prodávajícího“, je krajský soud ve shodě s žalovaným toho názoru, že v případě záručních oprav i z tohoto důvodu podmínka servisního střediska v České republice pozbyla racionální oporu, neboť účinně nastoupit k provádění servisní opravy do 5 dnů je schopen i dodavatel ze států bezprostředně sousedících s Českou republikou, lhostejno, zda tato doba běží dodavateli, který má servisní středisko na území České republiky nebo v jiném státě. Pokud je povinností dodavatele nastoupit do určité doby na realizaci záruční opravy v místě instalace (a tato podmínka nebyla žalovaným zpochybněna), je nerozhodné, z jakého místa bude servisní technik vyjíždět.

Argumentoval-li žalobce ve spojitosti s pozáručními opravami (resp. opravami, které záruka z rozličných důvodů nekryje, a které tak finančně jdou k tíži žalobce) ekonomickou stránkou věci, a to ve snaze zajistit si servis co nejlepší, nejlevnější a nejjednodušší, je nutno konstatovat, že sama skutečnost, že dodavatel bude mít sídlo servisu na území České republiky, ještě neznamena, že cena za servis bude skutečně nízká. Řešením v tomto ohledu tak bylo zvolit vícekritériální soutěž a cenu servisu tzv. „vysoutěžit“. Žalobci v nyní souzeném případě nic nebránilo ve využití ustanovení § 78 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého se zadavatel může rozhodnout pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky a stanovit dílčí hodnotící kritéria tak, aby vyjadřovala vztah užitné hodnoty a ceny a vztahovala se k nabízenému plnění veřejné zakázky, přičemž zákon o veřejných zakázkách přímo uvádí, že těmito hodnotícími kritérii mohou být také záruční a pozáruční servis. Tímto postupem žalobce mohl ošetřit hospodárné využití veřejných prostředků zejména na pozáruční servis, a pokud nevyužil možnosti, kterou k tomu poskytuje zákon o veřejných zakázkách, nemůže tím následně zdůvodňovat svůj postup při stanovení diskriminačního požadavku na zajištění servisního střediska na území České republiky.

Namítal-li žalobce v podané žalobě, že postupu dle ustanovení § 78 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nevyužil s ohledem na nastavení pravidel Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace, ze kterého byl předmět veřejné zakázky financován, opět je nutné konstatovat, že ani tato žalobcem tvrzená okolnost nemůže být důvodem pro nastavení zadávacích podmínek diskriminačním způsobem. Nadto krajský soud uvádí, že způsob financování nákupu předmětné technologie či nastavení podmínek dotačního programu nemohly být předmětem posouzení v nyní projednávané věci.

Pokud pak žalobce v podané žalobě namítal, že požadavek na „zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době“ nemohl být v daném případě diskriminační s ohledem na vlastní povahu a technickou specifikaci zařízení, která byla předmětem veřejné zakázky, a to z hlediska váhy, rozměrů, kotvení, napojení na rozvody či možnosti manipulace, včetně účelu, k němuž slouží, ani s tímto tvrzením se krajský soud neztotožnil.

Je zřejmé, že předmětem plnění veřejné zakázky byla dodávka laboratorní technologie do nově budovaného Výzkumného a výukového centra v dopravě s tím, že tato byla rozdělena

na části I – Zatěžovací desky, II – Technologie pro zkoušení zemin, III – Zařízení CBR, IV – Proctorův přístroj a zařízení na přípravu vzorků, V – Automatické cyklovací zařízení, VI – Lis na pevnostní a ohybové zkoušky, VII – Ultrazvukový přístroj, VIII – Pojízdny rám na měření nerovností vozovky, IX – Vebe consistometer a část X – Tenzometrické ústředny. U takto vymezeného předmětu dodávek jednotlivých dílčích částí veřejné zakázky, ani s ohledem na účel, k jehož plnění by měla sloužit (výuka studentů a výzkum), přitom krajský soud neshledal jejich natolik výjimečnou povahu a specifičnost, která by odůvodňovala požadavek žalobce výlučně na území České republiky.

Krajský soud zároveň doplňuje, že žalobce tato specifika poptávaného zboží (přístrojů a vybavení) zohlednil a tato se odrazila právě v rámci druhého požadavku na provádění záručních oprav (a pokud by si žalobce v zadávací dokumentaci stanovil, pak i oprav pozáručních) v místě instalace konkrétního zařízení. Jestliže byla předmětem veřejné zakázky zařízení, která s ohledem na jejich hmotnost, rozměry a případné napojení na rozvody v místě instalace, nebylo a není možné jednoduše odeslat do servisního střediska dodavatele, žalobce tuto technickou specifičnost zohlednil a promítl právě do stanovení požadavku na provádění servisu v místě jejich instalace. Za této situace se proto požadavek na zřízení servisního střediska na území České republiky odůvodněný rozměrností a složitostí předmětných technických zařízení jeví jako nadbytečný, a tedy ve vztahu k předmětné veřejné zakázce jako nepřiměřený.

Dle krajského soudu je pak nutné odmítnout také argumentaci žalobce, že vymezení požadavku na realizaci včasného servisu tzv. dojezdovými časy je buď stejně diskriminační, či stejně nediskriminační jako požadavek na zřízení servisního střediska na území České republiky. Dle krajského soudu naopak požadavek na vybudování servisního střediska na území České republiky či jeho smluvní zajištění nelze srovnávat s požadavkem na přiměřený termín, ve kterém musí dodavatel nastoupit na realizaci záruční opravy. V takovém případě by totiž bylo ponecháno zcela na vůli dodavatele, jakým způsobem splnění této své povinnosti dostojí, přičemž by v tomto nebyl vázán splněním nové povinnosti v podobě zřízení servisního střediska na území České republiky, či jeho smluvního zajištění. V praxi by se tak jednalo o situaci, kdy by dodavatel nedisponoval servisním střediskem na území České republiky, přesto by však byl schopen ze servisního střediska v zahraničí vyslat technika, který by na místo instalace daného zařízení dorazil ve stanoveném dojezdovém čase, a dostál by tak všem případným smluvním povinnostem. Naopak pokud žalobce striktně požadoval, aby takové středisko dodavatel na území zajistil, pak již mohlo dojít k potenciálnímu omezení těch dodavatelů (v daném případě těch ze zahraničí), kterým by v případě, že by se o předmětnou veřejnou zakázku chtěli ucházet, vznikla nová povinnost.

Krajský soud v tomto ohledu považuje za nepřipadný také odkaz žalobce na rozhodnutí žalovaného ze dne 20. 11. 2009, č. j. ÚOHS-S186/2009/VZ-13332/2009/520/JHI, neboť v něm žalovaný posuzoval odlišné skutkové okolnosti. V odkazovaném případě, kdy se jednalo o zakázku na dodávku městských autobusů pro konkrétní dopravní podnik, zadavatel zvolil jako základní hodnotící kritérium ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž v rámci dílčího kritéria „*servisní služby*“ hodnotil mimo jiné i umístění autorizovaných servisů z hlediska dostupnosti. K tomu žalovaný v citovaném rozhodnutí uvedl, že „*požadavek zadavatele na umístění servisů a jejich dosažitelnost,*

na poskytované služby a jejich rozsah, na mobilní servisní síť a na hodinovou sazbu servisní služby se vzhledem k předmětu veřejné zakázky podle názoru Úřadu jeví jako opodstatněný, jelikož zadavatel má v úmyslu používat poptávané autobusy v městské hromadné dopravě, a je tedy v zájmu provozuschopnosti autobusů třeba zajistit co největší rozsah servisních služeb v příslušné lokalitě zadavatele pod dohledem kvalifikovaných osob s co nejmenšími náklady.“ Zde tedy byla dostupnost servisu jednak dílčím hodnotícím kritériem, za jehož naplnění dle podmínek zadavatele obdrželi uchazeči příslušný počet bodů, a současně byl požadavek na umístění servisů a jejich dosažitelnost dán samotným charakterem předmětu veřejné zakázky s ohledem na skutečnost, že autobusy měly být použity v městské hromadné dopravě, u níž je nutno zajistit bezpodmínečnou provozuschopnost. Krajský soud pak na tomto místě znovu opakuje, že pokud žalobce, ať už z jakéhokoli důvodu, nezvolil postup dle ustanovení § 78 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, nejednalo se v citovaném případě o totožnou situaci.

K dokreslení celkové situace stran toho, proč dle názoru žalobce nemohlo dojít k vyloučení soutěže, žalobce v podané žalobě upozornil také na vysoký počet otevřených zadávacích řízení, která v minulosti předcházela vypsání nyní posuzované veřejné zakázky a která musela být z převážné části zrušena. V této souvislosti žalobce uvedl, že napadené rozhodnutí se týká již opakovaného otevřeného zadávacího řízení, kdy v předchozích 92 samostatných otevřených zadávacích řízeních musel žalobce zrušit 82 z nich, a to buď pro nepodání nabídky v 27 případech, pro podání jedné nabídky v 32 případech nebo pro podání dvou až tří nabídek, které však neobsahovaly žalobcem požadované doklady či informace. Žalobce se proto domníval, že pokud by na celém světě existovali potenciální dodavatelé, kteří měli zájem podat do zadávacího řízení nabídku, tak by tak učinili hned napoprvé a rozhodně by je neodradily zadávací podmínky požadující „*zajištění servisního střediska pro opravy zboží na území České republiky v záruční i pozáruční době*“. Žalobci proto nebylo jasné, koho měla předmětná rozhodnutí žalovaného chránit, jestliže ti, kteří nabídku mohli podat, na zveřejněné zadávací podmínky opakovaně nereagovali.

Krajský soud se však i přes veškeré výše uvedené okolnosti, které mohly negativně ovlivnit postavení žalobce při zadávání předmětné veřejné zakázky, ztotožnil se závěry žalovaného o tom, že nelze vyloučit možnou existenci dalších potenciálních dodavatelů, kteří se mohli do zadávacího řízení přihlásit, neboť znění zadávací dokumentace je pro potenciální dodavatele klíčové. V projednávané věci je podstatné 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 tak *expressis verbis* vyplývá, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a tedy postačuje pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky (k tomu shodně viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, dostupný na www.nssoud.cz). Za protiprávní jednání je tak třeba považovat nejen takové jednání zadavatele, které zcela prokazatelně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které mělo „pouze“ potenciál takového ovlivnění. Pro nyní posuzovanou věc tedy není rozhodné, jakým způsobem byla předchozí zadávací řízení

ukončena, tj. zda byla zrušena pro nepodání nabídky, případně pro nízký počet podaných nabídek. V daném případě postačuje potenciální existence dalších uchazečů, kteří přestože mohli být k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými, se v důsledku takto nastavených podmínek do zadávacího řízení nepřihlásili.

K témuž závěru krajský soud dospěl, i pokud se jedná o námitku žalobce, že jak výrobci, tak dodavatelé požadovaných zařízení v současnosti v rámci svých služeb nabízejí poskytování servisní činnosti na území příslušného státu, do kterého zboží dodávají automaticky. I v tomto případě je nutno konstatovat, že není vyloučeno, že může existovat potenciální dodavatel, který takovým střediskem na území České republiky nedisponuje, případně jej nemá ani smluvně zajištěno. To pak může platit tím spíše, pokud žalobce v podané žalobě a následně i v replice opakovaně uváděl, že v případě některých zařízení se jedná o technologicky jedinečné a speciální výrobky, jež dodává pouze omezený počet dodavatelů a za omezených servisních podmínek.

VI. Závěr a náklady řízení

Krajský soud tak na základě všech výše uvedených skutečností neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.

Výrok o náhradě nákladů řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s., podle kterého žalobce, který neměl ve věci úspěch, nemá vůči žalovanému právo na náhradu nákladů řízení před soudem. Úspěšnému žalovanému žádné náklady řízení nad rámec jeho úřední činnosti nevznikly, a proto krajský soud rozhodl tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku lze podat do dvou týdnů po jeho doručení kasační stížnost. 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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 31. května 2017

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu