



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Krajská zdravotní, a.s.**, se sídlem Sociální péče 3316/12A, Ústí nad Labem, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R204/2014/VZ-43770/2015/322/DRu ze dne 11.12.2015,

### t a k t o :

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

### O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R204/2014/VZ-43770/2015/322/DRu ze dne 11.12.2015, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S489/2010/VZ-11385/2014/511/KČe ze dne 28.5.2014 ve výrokových částech I., II. a III.

### I. Shrnutí podstaty věci

Žalovaný rozhodl, že se žalobce coby zadavatel dopustil při zadávání veřejné zakázky „Doplnění zdravotnického zařízení a přístrojů – Krajská zdravotní a.s.“ dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“; zadávací řízení bylo zahájeno v září 2008, aplikován je ZVZ ve znění zákona č. 124/2008 Sb.), za což mu byla uložena pokuta ve výši 300 000 Kč.

Žalobce podle žalovaného jednak nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 6 ZVZ, když přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, ačkoli provedl úpravy v uveřejněném vyhlášení podle § 147 odst. 8 ZVZ; žalobce totiž dne 20.10.2008 uveřejnil v Informačním systému o veřejných zakázkách opravné oznámení, ve kterém stanovil nově dobu trvání zakázky, a to v termínu od 1.12.2008 do 31.8.2009, přičemž tento postup žalobce mohl podle žalovaného podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Dále žalobce podle žalovaného nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 ZVZ (ve spojení s § 6 ZVZ) při posouzení nabídky vybraného uchazeče, neboť v protokolu č. 3 z jednání hodnotící komise ze dne 13.11.2008, na kterém se komise zabývala posouzením vysvětlení nabídky vybraného uchazeče, resp. ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne, nejsou uvedeny důvody akceptace vysvětlení nabídky vybraného uchazeče, ačkoli existují zřejmé rozpory mezi zadavatelem požadovanými a vybraným uchazečem nabídnutými technickými parametry dodávky v souvislosti s dechovým objemem a dechovou frekvencí anesteziologického přístroje uvedeného pod položkou č. 17 Technické specifikace. Tento postup žalobce podle žalovaného podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť u nabídky vybraného uchazeče nelze s určitostí konstatovat splnění požadavků žalobce uvedených v zadávacích podmínkách.

### II. Shrnutí procesního postoje žalobce

Podle žalobce vystavěl žalovaný svůj závěr na nesprávném východisku, že zadavatel je podle § 40 odst. 6 ZVZ povinen lhůtu prodloužit „vždy bez výjimky“; podle žalobce se prodloužení lhůty pojí pouze se změnou kvalifikovanou (podstatnou), a v posuzované věci se o takovou změnu podle žalobce nejedná. Žalobce následně předestírá svůj vlastní výklad a výpočet doby plnění veřejné zakázky před změnou a po ní a dovozuje, že k prodloužení došlo pouze v rámci 1. etapy v délce 41 dnů, a následně argumentuje v tom směru, že toto prodloužení nemělo a nemohlo mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů. Pak podle žalobce nemohly být naplněny znaky správního deliktu.

Pokud jde o druhý žalovaným dovozený delikt, tu žalobce namítá, že vysvětlování nabídky sloužilo k získání lepšího přehledu o klíčových aspektech plnění, tedy k usnadnění postupu hodnotící komise a následného přezkumu, nikoli tedy

fakticky k vysvětlení a už vůbec ne k doplnění nabídky. Pokud byly ve vysvětlení nabídky odlišné údaje oproti nabídce, pak podstatné byly údaje z nabídky a ve vysvětlení se jednalo o písarské chyby. Navíc byla v zadávacím řízení podána pouze jediná nabídka. Ani v tomto případě nemohl být výběr nejvhodnější nabídky jakkoli ovlivněn, a tedy ani v tomto případě nebyl delikt spáchán.

Žalobce též zpochybňuje výši uložené pokuty.

Žalobce tedy ze shora uvedených nosných důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, navrhuje napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí ve výrokových částech I. – III. zrušit, případně snížit pokutu či upustit od ní. Na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejším soudem.

### III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

Žalovaný ve vyjádření k žalobě argumentuje k jednotlivým žalobním námitkám věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí; žalovaný tedy na svých závěrech setrvává. Podle žalovaného je žaloba nedůvodná, a proto navrhuje její zamítnutí. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před zdejším soudem.

### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

#### IV.1.

Pokud jde o první z obou deliktů (podle výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí), pak zdejší soud především nesouhlasí se žalovaným v jeho východisku, jak je vyjadřuje především v bodech 31. – 40. prvostupňového rozhodnutí, podle něhož údajně nejprve zkoumal, zda změna v době trvání zakázky (v době plnění) byla natolik podstatnou, že ji nebylo možno provést formou dodatečných informací. Toto východisko totiž, podle zdejšího soudu nesprávně, směšuje dva zcela odlišné instituty: na jedné straně institut dodatečných informací (§ 49 ZVZ) a na straně druhé institut změny zadávacích podmínek, tu ve formě úpravy těch podmínek, které byly součástí vyhlášení podle § 147 odst. 8 ZVZ (§ 40 odst. 6 ZVZ).

Podstatou dodatečných informací (poskytovaných jak k žádostem dodavatelů, tak bez těchto žádostí z rozhodnutí samotného zadavatele) je vysvětlení zadávacích podmínek, tedy nikoli změna, a to i kdyby se mělo jednat o změnu bagatelní. Smyslem dodatečných informací je osvětlit dodavatelům, jednoduše řečeno, jak zadavatel konkrétní zadávací podmínku ve skutečnosti myslel, tj. jak si ji dodavatelé mají interpretovat. Zvažovat „podstatnost změny“ (její míru) ve vztahu k dodatečným

informacím v tom směru, zda tato „změna“ mohla být provedena cestou dodatečných informací či nikoli, tudíž není namístě; žádnou materiální „změnu“ zadávacích podmínek nelze provést výlučně cestou dodatečných informací (pokud by v důsledku žádosti o dodatečné informace zadavatel provedl „změnu“, pak by musel vždy respektovat i pravidla pro změnu zadávacích podmínek v běžícím zadávacím řízení, nestačilo by pouze dodržení pravidel pro poskytnutí dodatečných informací). Naproti tomu podstatou změny zadávacích podmínek v průběhu zadávacího řízení není jakékoli „vysvětlení“, nýbrž skutečně „změna“. Snad tedy srozumitelně řečeno: „změnou“ se zadávací podmínky mění, aniž by zadavatel cokoli vysvětloval (nejvýše může vysvětlit důvody změny), a „dodatečnými informacemi“ zadavatel vysvětluje, jak si mají dodavatelé zadávací podmínky vyložit, aniž by tím docházelo k jejich změně.

Přesto však je namístě v nyní posuzované věci vážit, o jak podstatnou změnu zadávacích podmínek se jednalo; nikoli tedy proto, aby bylo možno posoudit, zda ji bylo možno „vyřešit“ cestou dodatečných informací, nýbrž proto, aby bylo možno posoudit, zda bylo třeba prodlužovat lhůtu pro podání nabídek. Zdejší soud totiž nesouhlasí se žalovaným ani v jeho kategorickém východisku (souhrnně vyjádřeném v bodu 29. prvostupňového rozhodnutí a v bodu 55. napadeného rozhodnutí), podle něhož mění-li zadavatel zadávací podmínky, musí vždy (automaticky a bez jakékoli výjimky) lhůtu pro podání nabídek prodloužit.

Podle § 40 odst. 6 ZVZ platí, že provede-li veřejný zadavatel úpravy v uveřejněném vyhlášení podle § 147 odst. 8 ZVZ, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. Požadavek na přiměřené prodloužení lhůty (v nyní posuzované věci – v otevřeném řízení – k podání nabídek) má zajistit, aby lhůta i po změně dříve vyhlášených zadávacích podmínek zajišťovala rozumný prostor dodavatelům pro to, aby zvážili svoji účast v zadávacím řízení a případně aby stihli zpracovat nabídku dle požadavků zadavatele. Vyhlášené zadávací podmínky se mohou měnit v různých ohledech, ke změně může dojít i ve zcela marginálním rozsahu – a to jak po stránce formální, tak materiální; není důvodu z § 40 odst. 6 ZVZ dovozovat, že by při provedení jakkoli marginální změny musela být lhůta prodloužována a že by povaha změny měla být zohledňována pouze v úvahách ohledně délky prodloužení. Takový výklad by neodpovídal smyslu pravidla vyplývajícímu z § 40 odst. 6 ZVZ, neodpovídal by nadto ani jedině v úvahu přicházející interpretaci jazykové, takový výklad by podle přesvědčení zdejšího soudu navíc nutně vedl k naprosto absurdním postupům zadavatelů, kteří by při marginálních změnách prodloužovali lhůtu pro podání nabídek o jednotky hodin právě s argumentem ohledně marginálního charakteru změny (tyto absurdní důsledky podobných interpretací § 40 odst. 3 ZVZ v jeho posledním znění, což bylo ustanovení významově totožné, jakým je nyní aplikovaný § 40 odst. 6 ZVZ v jeho na věc použitelném znění, jsou zdejšímu soudu známy). Podle zdejšího soudu je tedy pro vznik povinnosti prodloužit lhůtu pro podání nabídek ve smyslu § 40 odst. 6 ZVZ rozhodující povaha změny dříve vyhlášených zadávacích podmínek.

I přes shora uvedené výhrady však podle zdejšího soudu obстоjí úvaha žalovaného, na němž je závěr ohledně spáchání deliktu podle výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí založen, že konkrétní změna zadávacích podmínek ve věci nyní posuzované byla natolik podstatnou změnou, že lhůtu podle § 40 odst. 6 ZVZ bylo třeba prodloužit. Zdejší soud tedy souhlasí se žalovaným, že žalobce v nyní posuzované věci nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 6 ZVZ, neboť přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, ačkoli provedl úpravy týkající se doby trvání zakázky (doby plnění). Podle zdejšího soudu jde o úpravu zadávacích podmínek podstatnou a neprodloužení lhůty pro podání nabídek alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky mělo.

Žalovaný, podle zdejšího soudu správně, porovnal obě doby plnění veřejné zakázky (před změnou podle původních zadávacích podmínek a po změně) a spočítal, že v důsledku změny byla doba prodloužena z původních 5,5 měsíců (od 14.11.2008 do 30.4.2009) na 9 měsíců (od 1.12.2008 do 31.8.2009). Proti tomu žalobce namítá, že k reálnému prodloužení došlo pouze v rámci 1. etapy o 41 dnů. Jestliže však žalobce ve svých výpočtech zohledňuje předpoklad, že v termínu od 20.12. do 31.12. velká část pracovníků dodavatelů čerpá v důsledku svátků řádnou dovolenou a nedochází k reálnému plnění veřejných zakázek, pak tento předpoklad – ať už je oprávněný či nikoli (že by plněno být v této době nemělo, to ze zadávacích podmínek neplyne) – nemůže odůvodňovat jiný způsob počítání doby plnění. Na tento argument „optického“ zmenšení rozdílu mezi původně a nově stanovenou dobou realizace veřejné zakázky, uplatněný už v rozkladu, správně žalovaný v napadeném rozhodnutí reagoval v tom směru, že svoji vlastní zkušenost mohl žalobce promítnout již při původním zvažování délky doby realizace veřejné zakázky, kterou stanovil v (původních) zadávacích podmínkách, přitom ani jakékoli disputace o tom, že období zkušebního provozu nelze považovat za období realizace veřejné zakázky, když v rámci zkušebního provozu se fakticky pouze prověřuje funkčnost a vlastnosti již provedených dodávek, nemůže obstát.

Žádná vysvětlování ze strany žalobce ohledně „správného způsobu“ počítání doby plnění nic nemohou změnit na tom, že z původních zadávacích podmínek plyne doba plnění 5,5 měsíců s ukončením plnění do 30.4.2009 a ze zadávacích podmínek po změně plyne doba plnění 9 měsíců s ukončením plnění do 31.8.2009. Nadto zdejší soud souhlasí se žalovaným i v tom ohledu, že i pro případ prodloužení doby plnění „pouze“ o 41 dnů by se jednalo o významné prodloužení, a tedy o podstatnou změnu zadávacích podmínek, které mohl být schopen splnit širší okruh dodavatelů, než tomu bylo dle původních požadavků žalobce.

Zdejší soud souhlasí i s konstrukcí žalovaného, podle které provedená změna doby plnění veřejné zakázky mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Doba plnění veřejné zakázky je podstatnou okolností vzniku obchodního kontraktu, přitom se jeví jako racionální, že dodavatelé obecně alokují své konkrétní aktivity též se zohledněním doby, v níž má být plnění realizováno. Je tedy racionální předpokládat,

že i rozhodnutí o tom, zda dodavatelé budou usilovat o uzavření smlouvy v zadávacích řízeních, kde odběratelem jejich plnění je zadavatel, bude mimo jiné odvislé od zohlednění doby, v níž má být plnění realizováno. To může ve vztahu k nyní posuzované věci platit tím spíše za situace, kdy jedním z dílčích hodnotících kritérií byl plán organizace zakázky, jenž může souviset i s aktuálními kapacitami dodavatele v době, kdy má být plnění realizováno.

Lhůta pro podání nabídek nesměla být v nyní posuzované věci podle § 39 odst. 3 písm. a) bodu 1. ZVZ kratší než 52 dnů (jednalo se o otevřené řízení v případě nadlimitní veřejné zakázky; předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 420 milionů Kč bez DPH). Jde o lhůtu minimální, jež (kromě případů, kdy na základě § 40 odst. 1 ZVZ by zadavatel musel stanovit lhůtu delší) vyjadřuje podle zákonodárce lhůtu obecně dostačující ke zvážení účasti v zadávacím řízení a ke zpracování nabídky. Jestliže změna v době plnění plynula ze změny zadávacích podmínek uskutečněné 14 dnů před uplynutím lhůty pro podání nabídek, pak vskutku nelze rozumně vyloučit, že byla-li by tato lhůta prodloužena, mohli by i další dodavatelé (potenciální uchazeči) podat nabídku; mohlo se jednat o dodavatele, pro které z různých důvodů nebylo podnikatelsky zajímavé plnit v době 5,5 měsíců po uzavření smlouvy s ukončením plnění do 30.4.2009, zatímco v případě plnění po dobu 9 měsíců od uzavření smlouvy s ukončením plnění do 31.8.2009 by to pro ně již podnikatelsky zajímavé bylo.

Jestliže tedy žalovaný v obou postupně vydaných rozhodnutích způsobilost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky opřel o konstrukci, podle níž nelze vyloučit existenci dodavatele, který by podal nabídku v případě prodloužení k tomu určené lhůty, ačkoli tak z časových a provozních důvodů v původně stanovené lhůtě neučinil, nic podstatného mu zdejšího soudu nemůže vytknout. Žalovaný nemusí zevrubně prokazovat, že v rozhodné době existoval konkrétní dodavatel, který se zadávacího řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, změnil-li podstatně zadávací podmínku ohledně doby plnění; v takovém případě by totiž žalovaný fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, nýbrž faktické porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku (obdobně Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28.6.2016, č.j. 4 As 61/2016-34, a v rozsudku ze dne 18.8.2016, č.j. 9 As 63/2016-43). Skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ zahrnuje jak poruchový, tak ohrožovací delikt; dovozovat naplnění znaků ohrožení musí být opřeno o srozumitelnou a logickou konstrukci, jež má oporu ve skutkových zjištěních. Tyto nároky úvaha provedená žalovaným podle zdejšího soudu splňuje; pokud by žalobce poskytl dodavatelům dostatečnou lhůtu pro zvážení účasti v zadávacím řízení a k případnému zpracování nabídky i po změně, mohl by obdržet i nabídky od jiných dodavatelů.

Hypotéza žalovaného o tom, že pro jiné dodavatele (než toho, kdo nakonec nabídku podal) mohla být veřejná zakázka „zajímavá“ při době plnění veřejné zakázky po změně zadávacích podmínek, není nereálná. To, že žádný takový dodavatel neexistoval, nelze vyvozovat z přesvědčení žalobce, že on sám dobře zná situaci na

trhu a že všichni k plnění potenciálně způsobilí dodavatelé si zadávací dokumentaci vyzvedli; naopak osmnáct vyzvednutých zadávacích dokumentací může dokládat, že na trhu existuje dostatečné množství dodavatelů, kteří by nabídku mohli podat po změně zadávacích podmínek, avšak nepodali ji, aniž by nutně museli nedostatečnou lhůtu pro přizpůsobení se novým zadávacím podmínkám ohledně doby plnění namítat; případná pasivita dodavatelů při jejich ochraně spočívající v nepodání námitek proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek nemá na hodnocení vliv; taková případná pasivita nemůže být pokládána za důkaz neovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ani nemůže sloužit jako podklad pro věrohodné zpochybnění existence dodavatele, který po změně zadávacích podmínek na účast v zadávacím řízení rezignoval.

Úvahy žalobce ohledně dvou skupin dodavatelů, z nichž jedna si vyzvedla zadávací dokumentaci a druhá nikoli, na základě kterých žalobce dovozuje, že neprodloužení lhůty pro podání nabídek nemohlo mít na výběr nejvhodnější nabídky žádný vliv, jsou ve světle shora uvedeného nesprávné, neboť uvedená soudní rozhodovací praxe žalovaného nenutí posuzovat (a prokazovat), zda změna týkající se doby plnění byla způsobilá změnit rozhodnutí potenciálního dodavatele ohledně jeho účasti v zadávacím řízení, jak žalobce pro naplnění druhého ze tří znaků (alespoň způsobilosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) požaduje.

Přestože tedy zdejší soud nesdílí východisko žalovaného ohledně nutnosti prodloužení lhůty podle § 40 odst. 6 ZVZ „ve všech případech“, za skutkových okolností, jaké jsou dány v nyní posuzované věci, se žalovaným souhlasí, že změna doby plnění byla natolik podstatnou změnou, že k prodloužení lhůty podle § 40 odst. 6 ZVZ žalobce přistoupit musel. Žalovaný v obou postupně vydaných rozhodnutích dostatečně popsal podstatnost změny a zdejší soud s těmito závěry souhlasí. Porušením § 40 odst. 6 ZVZ je naplněn první ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Zároveň ob stojí i konstrukce žalovaného ohledně způsobilosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a tedy naplnění druhého ze znaků. Ohledně třetího ze znaků (uzavření smlouvy) sporu mezi žalobcem a žalovaným nebylo.

Ve vztahu k prvnímu z deliktů (podle výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí žalovaného) tedy žaloba není důvodná.

#### IV.2.

Pokud jde o druhý z obou deliktů (podle výrokové části II. prvostupňového rozhodnutí žalovaného), žalobce shodně jako v rozkladu poukazuje na to, že komunikace hodnotící komise v rámci vysvětlování nabídky byla vedena s úmyslem získat lepší souhrnný přehled o technických aspektech nabídky; žalobce se kupř. odvolává na svoji rozkladovou argumentaci, podle níž jedna z položek nabídky obsahovala 49 stran technického textu, z čehož bylo složité vybrat relevantní údaje, s nimiž by hodnotící komise pracovala (k čemuž se žalovaný podle žalobce nevyjádřil). Podle žalobce je však třeba vzít v úvahu veškeré dokumenty, které eviduje

zadavatel v rámci zadávacího řízení, konkrétně nabídku vybraného uchazeče, což žalovaný podle žalobce neučinil; učinil-li by tak žalovaný, zjistil by, že žádný rozpor mezi požadavky žalobce a nabídkou neexistoval.

Podle § 76 odst. 1 ZVZ hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Podle § 76 odst. 3 ZVZ hodnotící komise může v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit.

Postup po podání nabídek v rámci jejich posouzení podle § 76 ZVZ je (v otevřeném řízení) založen na principu nezměnitelnosti již podaných nabídek; jakmile jsou nabídky podány, nelze do nich zásadně zasahovat. Na zadavateli je, aby zadávací podmínky stanovil natolik jasně a srozumitelně nejen proto, aby jim dodavatelé při zpracovávání podávání nabídek rozuměli, a tedy mohli vyhovět, nýbrž také proto, aby jejich splnění ze strany dodavatelů bylo samotnému zadavateli (a to i jím ustanoveným komisím) zřejmé. Stanoví-li zadavatel zadávací podmínky natolik komplikovaně, že nakonec on sám (jeho hodnotící komise) se v podané nabídce orientuje natolik složitě, že není schopen bezpečně posoudit, zda nabídka splňuje požadavky ve smyslu § 76 odst. 1 ZVZ, a tedy má být propuštěna do další fáze zadávacího řízení, tj. do hodnocení nabídek, anebo zda je nesplňuje, a tedy má být vyřazena a dodavatel, který ji podal, z další účasti v zadávacím řízení vyloučen, jak by mohlo plynout z důvodů postupu hodnotící komise v nyní posuzované věci, jak je žalobce uvádí, pak jde o chybu zadavatele v dalším průběhu zadávacího řízení již stěží napravitelnou; ZVZ nezná žádný institut „sumarizace“ nabídky po jejím podání „pro lepší pochopení“ ze strany zadavatele (hodnotící komise) v situaci, kdy sám zadavatel (hodnotící komise) není schopen z důvodu komplikovanosti zadávacích podmínek posoudit splnění požadavků podle § 76 odst. 1 ZVZ, přitom ani § 76 odst. 3 ZVZ nelze za takový institut považovat.

Zadavatel (hodnotící komise) v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ posuzuje, zda nabídka splňuje požadavky ZVZ, zda nabídka splňuje požadavky zadavatele a zda nabídka není v rozporu s právními předpisy (jinými než ZVZ), tedy zda není tzv. nepřijatelná. Pouze není-li zadavatel (hodnotící komise) schopen dospět na základě obsahu nabídky ke spolehlivému závěru ohledně některé z uvedených tří okruhů, na něž se má zaměřit, přichází v úvahu využití § 76 odst. 3 ZVZ, avšak jen tehdy, pokud zadavatel (hodnotící komise) není schopen k takovému závěru dospět právě proto, že samotná nabídka obsahuje nejasnosti, které je třeba ze strany dodavatele vysvětlit. Postup podle § 76 odst. 3 ZVZ tedy nemůže být využit pro jinou komunikaci mezi zadavatelem (hodnotící komisí) a dodavatelem, byť by taková komunikace měla hodnotící komisi usnadnit její práci a pro účely jejího dalšího postupu klíčové prvky nabídky jakkoli sumarizovat či jinak „zpřehlednit“. Takovým postupem by se jistě

otevírala cesta k netransparentním disputacím ohledně konkrétních položek zahrnutých do nabídky, tím spíše v situaci, kdy v zadávacím řízení zůstává pouze jediná nabídka.

Zvolil-li tedy žalobce postup podle § 76 odst. 3 ZVZ nikoli proto, že by z nabídky vyplývaly nejasnosti, jež by takto hodlal vyjasňovat (odstraňovat), nýbrž proto, aby získal od dodavatele některé údaje obsažené v nabídce ve zjednodušené a sumarizované podobě znovu, pak jednak postup podle § 76 odst. 3 ZVZ použil neoprávněně, neboť ve skutečnosti tím žádné nejasnosti nabídky nevyjasňoval (neodstraňoval), avšak kromě toho – a to především – tím žalobce sám teprve otevřel cestu k vyvolání objektivních nejasností ohledně konkrétních údajů (položek), jež byly v nabídce a v jejím „vysvětlení“ obsaženy jinak. Právě tomu má princip nezměnitelnosti nabídek po jejich podání, nejvýše toliko se skutečným „vysvětlením“ skutečných nejasností, zabránit.

Jestliže tedy žalovaný dovodil, že zadavatel (hodnotící komise) učinil neoprávněným použitím § 76 odst. 3 ZVZ zadávací řízení netransparentním, pak mu zdejší soud dává zapravdu, neboť hodnotící komise konstatovala u nabídky vybraného uchazeče nedostatečné specifikace u části jednotlivých komponentů dodávky, a to z důvodů ne zcela zřejmých, resp. chybějících údajů o technických parametrech nutných pro srovnání s požadavky uplatněnými v této souvislosti zadavatelem v zadávací dokumentaci, ze žádosti o vysvětlení nabídky ze dne 3.11.2008, ani z úkonů hodnotící komise provedených po obdržení požadovaného vysvětlení, jak jsou zaprotokolovány v zápisu z jednání komise ze dne 13.11.2008, ani ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 13.11.2008 však není zřejmé, které konkrétní nejasnosti v technických specifikacích dílčích položek nabízeného plnění měly být předmětem vysvětlení nabídky. Stejně tak nejsou odnikud patrný důvody následné akceptace podaného vysvětlení.

Hodnotící komise tedy zřejmě pokládala za chybějící, resp. ne zcela zřejmé technické parametry u „části jednotlivých komponentů“, aniž by bylo patrné, u kterých komponentů a které parametry měl později vybraný uchazeč ze své nabídky vysvětlit, ten však na to vysvětlením ve formě „uceleného a přehledného souboru veškerých technických požadavků zadavatele, včetně potvrzení požadovaných technických parametrů dodávaného zdravotnického zařízení, přístrojů a položek IT“ reagoval tak, že popsal všechny jednotlivé položky ve všech technických parametrech a požadavcích vyplývajících ze specifikace předmětu plnění v zadávací dokumentaci. Zdejšímu soudu není zřejmé, jak mohl vybraný uchazeč na nekonkrétní žádost o vysvětlení nabídky reagovat, neproběhla-li v mezidobí žádná komunikace, jež by tuto otázku mohla osvětlit (žádná taková komunikace zdokumentována není). Navíc mezi nabídkou a jejím vysvětlením jsou dány ohledně týchž položek rozpory, aniž by bylo zřejmé, proč bylo podané vysvětlení nabídky vybraného uchazeče hodnotící komisí akceptováno, když mělo-li odstranit údajné nejasnosti, odstranilo je tak, že nabízené plnění se od požadavku zadavatele vyjádřeného v zadávacích podmínkách odchylovalo. Takové prvky postupu žalobce (jeho hodnotící komise) činí zadávací řízení zřetelně netransparentním.

Žalovaný se zaměřil na konkrétní rozpory ohledně anesteziologického přístroje, žalobce tato zjištění nezpochybňuje, uvádí však, že podstatné byly údaje z nabídky, nikoli z jejího vysvětlení. Tato argumentace však míru netransparentnosti nikterak nesnižuje, neboť vycházel-li by žalobce (jeho hodnotící komise) ze samotné nabídky, pak v ní nemohly být nejasnosti, jež by bylo třeba postupem podle § 76 odst. 3 ZVZ vyjasňovat (odstraňovat), a naopak pokládal-li by žalobce (jeho hodnotící komise) nabídky za nejasné (obsahující nejasnosti), a proto je vyjasňoval postupem podle § 76 odst. 3 ZVZ, pak nemohl mlčky přijmout vyjasnění (odstranění nejasností), když údaje po vyjasnění neodpovídají zadávacím podmínkám.

Zásada transparentnosti je jednou ze základních zásad zadávacího řízení (§ 6 ZVZ). Konstantně je dovozováno, že k jejímu porušení dochází tehdy, jsou-li v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež zadávací řízení činí nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným či nepřehledným nebo jež vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Podmínkou dodržení zásady transparentnosti je takový průběh zadávacího řízení, který se navenek jeví jako férový a řádný (rozsudky Nejvyššího správního soudu č.j. 7 Afs 31/2012-55 ze dne 20.6.2012 a č.j. 1 Afs 45/2010-159 ze dne 15.9.2010 a bohatá judikatura navazující). Shora uvedený postup žalobce (jeho hodnotící komise) nečitelnost zadávacího řízení vyvolává a pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků žalobce (jeho hodnotící komise) vzbuzuje do té míry, že celý proces se navenek jako férový nemůže jevit.

Dospěl-li tedy žalovaný k závěru, že žalobce nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 ZVZ, pak mu zdejší soud dává zapravdu, neboť žalobce (jeho hodnotící komise) měl nabídku později vybraného uchazeče posoudit z pohledu § 76 odst. 1 ZVZ a bez jakéhokoli vyjasňování ji po tomto posouzení buď propustit do další fáze zadávacího řízení anebo ji vyřadit (a později vybraného uchazeče vyloučit). Dospěl-li žalovaný k závěru, že tím, že žalobce takto nepostupoval, došlo k porušení zásady transparentnosti podle § 6 ZVZ, i s tím zdejší soud souhlasí, neboť přistoupil-li zadavatel (jeho hodnotící komise) neoprávněně k vyjasňování si objektivně neexistujících nejasností, pak důsledkem tohoto vyjasňování bylo ze strany později vybraného uchazeče sdělení jiných údajů, než které by odpovídaly původním zadávacím podmínkám, přitom ani v protokolu z jednání hodnotící komise, na kterém se komise zabývala posouzením vysvětlení nabídky později vybraného uchazeče, ani ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek nejsou uvedeny důvody akceptace vysvětlení nabídky později vybraného uchazeče, a to i přes rozpory mezi žalobcem původně požadovanými a později vybraným uchazečem v nabídce po jejím vysvětlení nabídnutými technickými parametry dodávky anesteziologického přístroje.

Zdejší soud tedy souhlasí se žalovaným, že žalobce shora uvedeným způsobem ZVZ porušil. Namítá-li žalobce, že i v tomto případě chybí naplnění znaku správního deliktu spočívajícího alespoň v možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ani v tom mu zdejší soud zapravdu nedává. Vyjde-li zdejší soud z týchž

východisek k uvedenému znaku správního deliktu jako shora v případě prvního z obou deliktů (podle výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí), pak dovozuje, že není-li zřejmé, zda nabídka (po jejím „vysvětlení“) splňovala zadávací podmínky (nelze-li s určitostí konstatovat splnění požadavků žalobce uvedených v zadávacích podmínkách), tj. není-li najisto postaveno, zda nabídka neměla být vyřazena a vybraný uchazeč vyloučen (§ 76 odst. 6 ZVZ), tedy zda taková nabídka mohla být vybrána, pak postup žalobce podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky měl. Skutečnost zmiňovaná žalobcem, že neexistoval jiný dodavatel, jehož nabídka by měla být hodnocena, na tom ničeho nemění; vliv na výběr nabídky později vybraného uchazeče totiž není svázán s existencí jiného dodavatele, s nímž by eventuálně mohla být uzavřena smlouva namísto později vybraného uchazeče.

Tvrdí-li žalobce, že nabídka vybraného uchazeče měla být posuzována „ve svém komplexu“, pak právě její komplex se stal základem shora dovozené netransparentnosti; hodlal-li žalobce (jeho hodnotící komise) o tento „komplex“ opřít závěr o tom, že nabídka zadávací podmínky splňuje (přestože právě „vysvětlením“ nabídky se vybraný uchazeč dostal do rozporu se zadávacími podmínkami), musel po podání vysvětlení ze strany později vybraného uchazeče ozřejmit, proč tomu tak je, což neučinil.

I v tomto případě je tedy naplněn první i druhý ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (tj. porušení ZVZ, jež v daném případě mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky), ohledně třetího ze znaků (uzavření smlouvy) mezi žalobcem a žalovaným sporu není. Ani ve vztahu ke druhému z deliktů (podle výrokové části II. prvostupňového rozhodnutí žalovaného) tedy žaloba není důvodná.

#### IV.3.

Žalobce dále zpochybňuje výši uložené pokuty. Brojí-li žalobce proti jejímu samotnému uložení proto, že delikty nespáchal, pak již ze shora uvedeného nemůže být tato jeho argumentace důvodná.

Brojí-li žalobce proti výši pokuty s ohledem na dobu, která uplynula od spáchání deliktů, pak zdejší soud se žalobcem souhlasí v tom, že s plynutím času od spáchání deliktu klesá společenský zájem na přísném potrestání, i v tom, že mezi spácháním deliktů a jejich pravomocným potrestáním v nyní posuzované věci uplynula doba cca 7 let. Ani to však automaticky neznamená, že by žalobce měl zůstat nepotrestán, ani že by uložený trest neměl naplňovat všechny funkce trestu, včetně represivní.

Jestliže totiž v nyní posuzované věci došlo ke spáchání dvou deliktů v zadávacím řízení, v němž byla uzavřena smlouva na plnění v hodnotě přesahující 417 milionů Kč, přitom jeden z těchto deliktů byl spáchán jednáním žalobce, v jehož důsledku není najisto postaveno, zda nabídka toho z dodavatelů, s nímž nakonec byla uzavřena smlouva, mohla být vybrána, tedy zda smlouva by za dodržení pravidel

odpovídajících zásadě transparentnosti byla s tímto dodavatelem vůbec uzavřena, pak pokuta ve výši odpovídající 1,5 % její maximální možné výše podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ za situace, kdy aktiva žalobce k poslednímu známému období před vydáním prvostupňového rozhodnutí činila přes 5,8 miliardy Kč, všechny tyto funkce pokuty, včetně represivní, sotva naplňuje. Snižovat pokutu z důvodu uplynutí doby mezi spácháním deliktů a jejich potrestáním tudíž za tohoto stavu není vůbec namístě.

Ostatně ani z rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R154/2014/VZ, jak na ně žalobce poukazuje, neplyne, že by z důvodu uplynutí doby mezi spácháním deliktů a jejich potrestáním mohl žalobce legitimně očekávat významně příznivější zacházení; aniž by prosté porovnání absolutní výše pokuty ve dvou odlišných věcech bylo jediným spolehlivým hlediskem srovnatelného zacházení, pak pro zdejší soud je podstatou okolností, že ve věci, na kterou žalobce odkazuje, došlo ke snížení sankce na částku 250 000 Kč, což činilo cca 1 % její maximální možné výše. Byla-li při trestání dvou deliktů v nyní posuzované věci uložena pokuta ve výši 300 000 Kč, což činilo cca 1,5 % její maximální možné výše, nemůže se jednat o nikterak zřetelně odlišné zacházení, jež by mohl žalobce poprávu vnímat coby nefér postup ze strany žalovaného. Pokuta tedy byla uložena ve výši nikoli nespravedlivé a nikoli nepřiměřené.

Ani ve vztahu k uložené pokutě tedy není žaloba důvodná.

Za této situace lze uvážít o moderačním návrhu. Tento návrh není nikterak samostatně odůvodňován, z kontextu žalobní argumentace je však zdejšímu soudu zřejmé, že je uplatňován proto, že pokuta není podle žalobce přiměřená. Podle § 78 odst. 2 s.ř.s. soud může, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s., od trestu za správní delikt upustit nebo jej v mezích zákonem dovolených snížit, pokud byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud zdejší soud z důvodů žalobcem uváděných neshledal, že by pokuta byla nepřiměřená, tím spíše nemůže dovodit, že by byla zjevně nepřiměřená, což je podmínkou pro její snížení nebo úplné upuštění od ní. Proto ani tomuto návrhu soud nevyhověl.

#### IV.4.

Zdejší soud tedy uzavírá, že přestože pokládal za vhodné korigovat dvě dílčí východiska žalovaného v rámci úvah ohledně spáchání prvního z deliktů (podle výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí), napadené rozhodnutí nakonec jako celek ob stojí jak v závěrech ohledně spáchání obou deliktů, tak v otázce pokuty. Žádný ze žalobních bodů není podle zdejšího soudu důvodným a nad rámec žalobních bodů zdejší soud nezjistil vadu, která by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a ke které by musel přihlížet ze své úřední povinnosti.

Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl a neshledal důvody ani k moderaci podle § 78 odst. 2 s.ř.s.

### V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu správního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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.

V Brně dne 8. srpna 2017

David Raus  
předseda senátu