



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 Ústí nad Labem, Sociální péče 3316/12A, zastoupený JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Praha 4, Na Pankráci 1683/127, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.6.2013, č.j. ÚOHS-R326/2012/VZ-11148/2013/310/MLr,

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 napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17.6.2013, č.j. ÚOHS-R326/2012/VZ-11148/2013/310/MLr, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro

ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.10.2012, č.j. ÚOHS-S150/2012/VZ-20212/2012/530/KSt.

I. Podstata věci

Žalobce coby zadavatel zadával veřejnou zakázku „Nákup přístrojového vybavení Nemocnice Chomutov, o.z. a Nemocnice Most, o. z.“ podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále „ZVZ“), v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno dne 14. 7. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18. 7. 2011 pod evidenčním číslem 60062650 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 7. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 137-227729.

Žalovaný vedl správní řízení z moci úřední a prvostupňovým rozhodnutím rozhodl tak, že se žalobce coby zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ v návaznosti na § 98 odst. 1 ZVZ tím, že omezil okruh možných dodavatelů, protože nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, ačkoli povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo pravidlo podle § 13 odst. 3 ZVZ. Tím mohl žalobce ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dne 25.10.2011 žalobce uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Žalobci byla uložena pokuta ve výši 500 000 Kč. Napadeným rozhodnutím bylo prvostupňové rozhodnutí potvrzeno.

Předmětem veřejné zakázky bylo dodání digitálního mamografického přístroje, dodání CT přístroje a dodání plicního ventilátoru.

Podstata argumentace žalovaného je založena na závěrech plynoucích z rozsudku zdejšího soudu ze dne 2.3.2010 ve věci sp. zn. 62 Af 7/2010 a z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008. Žalovaný vyšel z toho, že pokud zadavatel předmět veřejné zakázky vymezí příliš široce a v důsledku toho se o veřejnou zakázku mohou ucházet jen někteří dodavatelé, poruší zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ. V posuzované věci byla podle žalovaného přímo dána možnost rozdělení předmětu veřejné zakázky na části, neboť každý ze tří poptávaných přístrojů bylo možno dodat samostatně, jejich dodání na sebe nenavazuje, neboť každý z nich bývá umístěn samostatně v jiné vyšetřovací místnosti, každý z nich je také schopen „pracovat“ a „být obsluhován“ samostatně a může být také určen pro různý okruh pacientů. Z toho žalovaný dovodil, že předmět veřejné zakázky tvořila plnění, která spolu vzájemně nesouvisela, a která jsou svými charakteristickými plněními odlišnými, a proto žalobci nic nebránilo, aby její předmět rozdělil na části. Neučinil-li tak, porušil podle žalovaného ZVZ.

Tyto závěry žalobce napadá podanou žalobou.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce namítá průtahy před zahájením správního řízení, které žalobci umožnily v dobré víře uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku (uzavření smlouvy je znakem deliktu) za situace, kdy žalovaný nevydal předběžné opatření ukládající žalobci zákaz uzavření smlouvy. S tímto argumentem se napadené rozhodnutí podle žalobce nevypořádalo.

Dále žalobce napadá důkazní prostředky, z nichž žalovaný vycházel, neboť žalovaný využil vyjádření těch subjektů z řad dodavatelů, kteří z povahy věci mají zájem přinášet argumenty proti postupu žalobce a nadto nemusí uvádět pravdivé údaje. Ve vyjádřeních těchto subjektů existují zjevné rozpory, které žalovaný přehlédl, „podjatostí“ těchto subjektů se přes rozkladové námitky žalobce nevěnoval a z takto pro zjištění skutkového stavu věci nevhodných důkazních prostředků vycházel.

Žalobce také napadá závěr o tom, že by správní delikt spáchal. Žalobce před zahájením zadávacího řízení provedl průzkum trhu, z něhož vyplynulo, že žalobcem poptávané portfolio plnění je schopno dodat více dodavatelů. Žalovaný nezohlednil, že ze strany žalobce bylo vynaloženo veškeré úsilí k zajištění dostatečné hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a k zabránění porušení ZVZ, a to za situace, kdy povinnost dělit předmět veřejné zakázky ZVZ nepředepisuje. Dále žalobce zpochybňuje závěr žalovaného v tom směru, že při umožnění samostatných nabídek na jednotlivá plnění mohl obdržet nabídky s nižšími cenami; jde podle žalobce o závěr laický a nekvalifikovaný, abstrahující kupř. od ekonomických zájmů dodavatelů dodat celé portfolio plnění namísto jeho jednotlivých částí.

Z uvedených nosných důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, žalobce navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit.

Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření plně setrval na závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí. Žalovaný navrhuje žalobu odmítnout (poukazuje na to, že ředitel podepisující žalobu nebyl k jejímu podání oprávněn a že v petitu žaloby je nesprávně identifikováno prvostupňové rozhodnutí žalovaného) nebo jako nedůvodnou zamítnout.

I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.). Osoba podepisující žalobu byla v době jejího podání vedoucím odštěpného závodu žalobce „nemocnice v Ústí nad Labem“ a zdejší soud nedovozuje, že by nemohla za žalobce v této věci jednat, a nesprávné označení prvostupňového rozhodnutí v petitu žaloby za situace, kdy není pochyb o tom, jaké rozhodnutí je napadáno (to je i v petitu žaloby identifikováno správně), nevyvolává vadu žaloby, jež by způsobovala její neprojednatelnost bez případné změny petitu.

Žaloba není důvodná.

Ze čl. II.1.2) oznámení zadávacího řízení plyne, že jde o veřejnou zakázku na dodávky. Ze čl. II.1.5) téhož oznámení, ze čl. 4. zadávací dokumentace a z její přílohy č. 1 („Specifikace předmětu plnění“) plyne, že předmětem veřejné zakázky je dodání digitálního mamografického přístroje, dodání CT přístroje a dodání plicního ventilátoru. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla žalobcem stanovena na 38 milionů Kč (bez DPH). Součástí veřejné zakázky je i instalace přístrojů, uvedení do provozu, zajištění potřebných měření nutných pro zahájení provozu, technické a uživatelské zaškolení obsluhy, technická a uživatelská dokumentace, protokolární předání, zajištění bezplatného záručního servisu v délce 36 měsíců včetně zabezpečení předepsaných prohlídek a dalších kontrol a zajištění pozáručního servisu. Žalobce zároveň nepřipustil podávání nabídek na části plnění.

Pokud jde o první část žalobní argumentace (průtahy před zahájením řízení vedoucí k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a nevypořádání námítky v tomto smyslu v řízení o rozkladu), tu žalobce nezpochybňuje, že dne 25.10.2011 skutečně s vybraným uchazečem – HOSPIMED, spol. s r.o. – uzavřel smlouvu. Namítá však, že žalovaný porušil § 6 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále „správní řád“), neboť věc nevyřídil bez zbytečných průtahů, což ve skutečnosti k uzavření smlouvy vedlo.

Tvrdí-li žalobce, že k zahájení správního řízení došlo po téměř šesti měsících od obdržení podnětu a návrhu na zahájení řízení, tedy v době, kdy smlouva již byla uzavřena (podání, na základě kterých se žalovaný začal věcí zabývat, byla žalovanému doručena dne 16.9.2011 a dne 22.9.2011, smlouva byla uzavřena dne 25.10.2011 a správní řízení bylo zahájeno dne 23.5.2012), to žalovaný nezpochybňuje (nečinil tak ani v prvostupňovém, ani v napadeném rozhodnutí, přitom nic z toho nezpochybnil ani při jednání soudu, které ve věci proběhlo dne 9.10.2014). Prvostupňové rozhodnutí k této otázce nicméně mlčí, vyjadřuje se k ní až rozhodnutí napadené (od bodu 51.). Tvoří-li správní řízení v prvním i ve druhém stupni jeden celek, mohla být absence

vyjádření k této otázce v prvostupňovém rozhodnutí napravena v rozhodnutí napadeném. Nepřezkoumatelnost rozhodování žalovaného tedy v posuzované otázce dovozovat nelze. Žalovaný totiž v napadeném rozhodnutí vyšel z toho, že „otálení“ se zahájením správního řízení, byť by v jeho průběhu již došlo k uzavření smlouvy, nemůže vyvolat nezákonnost rozhodnutí. V době, kdy žalovaný správní řízení zahajoval, již smlouva uzavřena byla, a tedy podezření z naplnění tohoto znaku správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ dáno skutečně bylo, přitom „otálení“ (jak postup žalovaného kvalifikuje zdejší soud) s prošetřováním postupu žalobce v zadávacím řízení nezabývá a nezmenšuje odpovědnost žalobce za negativní následky jeho postupu.

Zdejší soud dovozuje, že čím déle žalovaný po obdržení podnětu věc „zkoumá“, aniž by zahájil správní řízení, tím se na straně zadavatele zvyšuje potřeba jeho poptávku reálně saturovat, což skutečně nakonec může vést k uzavření smlouvy. Dovídá-li nakonec žalovaný, že postup zadavatele nebyl v souladu se ZVZ, avšak než správní řízení zahájí, dojde k uzavření smlouvy, lze rozumět žalobci, že nezanikne-li jeho poptávka, nakonec smlouvu uzavře (neboť plnění jednoduše potřebuje). To však z pohledu ZVZ znamená, že žalovaný, dovodí-li rozpor postupu zadavatele se ZVZ, již nemůže efektivně zasáhnout nápravným opatřením podle § 118 odst. 1 ZVZ, neboť to může učinit jen za podmínky, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy. To ovšem ještě zadavatele nemůže liberovat z odpovědnosti za porušení ZVZ – a je-li již uzavřena smlouva, tedy z odpovědnosti za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Aby mohlo být spáchání tohoto správního deliktu dovozeno, musí být splněny podmínky podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Jsou-li splněny, je namístě spáchání tohoto správního deliktu žalovaným konstatovat. Fakt, že žalovaný se zahájením řízení v mezidobí od obdržení podnětu „otálel“, neznamená, že by podmínky (znaky) správního deliktu (tu konkrétně jde o znak uzavření smlouvy na veřejnou zakázku) nebyly splněny.

Námítka žalobce ohledně průtahů, jež podle žalobce fakticky způsobily uzavření smlouvy v mezidobí, není sice zcela irrelevantní, jak žalovaný dovozuje v bodu 53. napadeného rozhodnutí, avšak nemůže být důvodná – a v tom se zdejší soud s hodnocením žalovaného již ztotožňuje. Přestože v době, kdy žalovaný „zkoumá“ obdržený podnět poukazující na porušení ZVZ, avšak nečiní přitom ve vztahu k zadavateli žádné úkony, jež by jej nemístně obtěžovaly a jeho subjektivní práva zasahovaly, nemá zadavatel (tu žalobce) fakticky nástroj právní ochrany, který by mohl efektivně využít (donutit žalovaného správní řízení zahájit, aby měl zadavatel najisto postaveno, zda jeho postup byl v souladu se ZVZ či nikoli), neboť dovozovat nezákonné zasahování do práv zadavatele „otálením“ s možností úspěšné žaloby ve smyslu § 82 a násl. s.ř.s. se jeví skutečně problematicky, takové „otálení“ samo o sobě nevyvolává nezákonnost rozhodnutí o správním deliktu, byť by některý jeho znak (tu uzavření smlouvy) bylo lze stavět do souvislosti s absencí včasného a efektivního zákroku žalovaného. To, že žalovaný skutečně nezahájil správní řízení bez zbytečných

průtahů poté, co obdržel podnět, jehož prošetření se měl odborně věnovat, samo o sobě neznamená, že zadavateli (tu žalobci) vzniklo oprávněné očekávání, že postupoval v souladu se ZVZ. Žalobce se tím dostal do určité „výhody“ pramenící z toho, že smlouvu již uzavřel a podle této smlouvy může být plněno (ledaže by k návrhu podle § 114 odst. 2 ZVZ žalovaný rozhodl o zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 ZVZ, což vyvolá neplatnost smlouvy podle § 118 odst. 6 ZVZ), odpovědnost za porušení ZVZ a případně i za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ však nezaniká.

Jestliže tedy žalobce v rozkladu žalovanému (prvostupňovému rozhodnutí) vytýkal, že nezákonně a nesprávně po obdržení podnětu a následně návrhu na zahájení správního řízení „vyčkával, až byla uzavřena smlouva“, a teprve poté zahájil ve věci správní řízení pro podezření ze spáchání správního deliktu (vázaného mimo jiné právě na uzavření smlouvy) z moci úřední, ani fakt, že by průtahy skutečně byly dovozeny, nezakládá nezákonnost rozhodnutí o správním deliktu. Podstatné je, že smlouva byla dne 25.10.2011 uzavřena, nikoli že ještě předtím (v září 2011) žalovaný obdržel podněty k přezkumu. Z uvedeného zároveň plyne, že „otálení“ mezi obdržením podnětů a uzavřením smlouvy, jež by mohlo být vnímáno jako průtah k újmě žalobce, by bylo nejvýše průtahem cca jednoměsíčním a nikoli téměř šestiměsíčním, jak dovozuje žalobce.

Přestože lze obecně na věc nahlížet jako na nikoli vzorný příklad aplikace ZVZ ze strany žalovaného, napadené rozhodnutí v tomto ohledu ob stojí. Tato skutečnost se mohla projevit v úvahách žalovaného ohledně výše pokuty a mohla by být též důvodem, na základě kterého by zdejší soud mohl vážit ohledně její moderační návrh však nebyl v žalobě uplatněn (není tedy splněna podmínka pro moderační vyhlášení z § 78 odst. 2 s.r.s.), žalobce ani nepřiměřenost uložené pokuty (a to ani v nejobecnější rovině) nenamítal; jediná argumentace žalobce ohledně uložené pokuty spočívá v jeho tvrzení, že neobstojí-li napadené rozhodnutí v části týkající se žalobcovy viny, nemůže obstát ani v části týkající se trestu (str. 15 žaloby, poslední odstavec části XII.).

Pokud jde o argumentaci žalobce skutečností, že žalovaný nezasáhl předběžným opatřením, takto mohl žalovaný učinit podle § 117 odst. 1 ZVZ ve správním řízení v době, kdy ještě nebyla uzavřena smlouva. Byla-li smlouva uzavřena ještě před zahájením správního řízení, pak i přes shora uvedené nelze nevydání předběžného opatření pokládat za procesní pochybení žalovaného, jež by mělo jít k tíži žalobce.

Další část žalobní argumentace směřuje proti podkladu rozhodnutí žalovaného.

Pokud jde o přezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v této otázce, žalobce v rozkladu vytýkal, že se žalovaný nevypořádal s nezákonností a účelovostí opatření vyjádření dotázaných dodavatelů. K tomu se napadené rozhodnutí

vyjadřuje v bodech 71. a násl. Žalovaný popisuje jednotlivé důkazní prostředky a vychází z toho, že jimi podle § 51 odst. 1 správního řádu mohou být zejména listiny, ohledání, svědecká výpověď a znalecký posudek, a vzhledem k tomu, že tento výčet je demonstrativní, lze užít a provést jako důkazní prostředek i vyjádření dodavatelů, resp. jiných osob než účastníků, k dotazu správního orgánu. Postoj žalovaného k otázce odkud a jaké důkazní prostředky byly vzaty jako podklad rozhodnutí, je pro zdejší soud přezkoumatelný – v bodu 77. napadeného rozhodnutí se vyjadřuje k jejich přípustnosti obecně, od bodu 78. pak osvětluje, jaký vztah měly k šetřené věci a jaké skutkové závěry z nich byly učiněny, přitom žalovaný zjevně neponechal bez povšimnutí ani podstatu námitky ohledně tendenčnosti takových podkladů.

Zdroj a obsah těchto důkazních prostředků, a tedy i jejich „korektnost“, je již otázkou hmotněprávního posouzení věci. Předně na věc nelze bezezbytku použít závěry zdejšího soudu v rozsudku ze dne 8.2.2013 ve věci sp. zn. 62 Af 65/2011, neboť podstatou tam žalovanému vytknuté vady nebylo pochybení spočívající v tom, že žalovaný vyšel z podkladů získaných od subjektů, kteří byli ve vztahu k tamnímu zadavateli v postavení kontradiktorním, ani že by oslovené subjekty nemuseli žalovanému poskytnout své pravdivé vyjádření, jak dovozuje žalobce. V tamní věci bylo rozhodnutí žalovaného rušeno z toho důvodu, že nebylo najisto postaveno, zda z technických důvodů mohl zakázku skutečně splnit pouze ten dodavatel, s nímž žalobce v jednacím řízení bez uveřejnění jednal a s nímž uzavřel smlouvu, anebo i jiní dodavatelé, a že s podstatnými podklady pro rozhodnutí se tamní žalobce v postavení účastníka správního řízení nemohl seznámit.

Přestože je tedy třeba s vyjádřeními dodavatelů, u nichž nelze vyloučit kontradiktorní zájem ve vztahu k zájmu podezřelého zadavatele, nakládat obezřetně v tom smyslu, že taková vyjádření nutně musí být (právě pro jejich možnou tendenčnost) žalovaným verifikována a objektivizována, nelze *a priori* dovozovat, že by taková vyjádření způsobilým podkladem rozhodnutí žalovaného vůbec nemohla být.

Podstatné je, jaká skutková zjištění jsou z jednotlivých vyjádření dodavatelů žalovaným učiněna. V posuzované věci žalovaný z vyjádření dovodil, že na trhu s lékařskými přístroji existuje více dodavatelů než dva, kteří podali nabídku (bod 58. prvostupňového rozhodnutí, bod 80. napadeného rozhodnutí), a že nikoli každý z dodavatelů je schopen dodat současně všechny lékařské přístroje, které žalobce učinil předmětem jediné veřejné zakázky bez jejího rozdělení na části (bod 59. prvostupňového rozhodnutí, bod 80. napadeného rozhodnutí). Ověřoval-li tím žalovaný žalobcovu obranu v tom směru, že je obvyklé, že ve srovnatelných zadávacích řízeních obdrží zadavatelé pouze dvě nabídky, a zjišťoval-li tím žalovaný, nakolik byli dodavatelé schopni podat nabídku na celý předmět veřejné zakázky, pak nelze dovozovat, že by taková vyjádření nebyla vhodným důkazním prostředkem, jenž

by pomohl nalézt odpověď na otázku, jak se na trhu nastavení předmětu veřejné zakázky v posuzované věci mohlo projevit.

Pokud tedy žalovaný i s využitím žalobcem zpochybňovaných vyjádření dovedl, že na trhu se zdravotnickými přístroji existují více než dva dodavatelé, a že nikoli každý dodavatel je schopen dodat všechny tři přístroje jako celek (jako společné plnění), a to za situace, kdy oslovení dodavatelé nepodali nabídku a kdy ani žalobce tato dvě skutková zjištění nezpochybňuje, nelze v postupu žalovaného dovozovat procesní nekorektnost, na níž by bylo vystavěno napadené rozhodnutí.

Zpochybňuje-li žalobce v podané žalobě některá dílčí konstatování ve vyjádřeních, nemá to vliv na způsobilost uvedených vyjádření být řádným a korektním podkladem rozhodnutí ve vztahu ke dvěma klíčovým skutkovým otázkám, shora rekapitulovaným.

Philips Česká republika s. r. o., se vyjádřila v tom směru, že zadávací podmínky byly nastaveny tak, že je nemohla splnit. Předmětem zadávacího řízení byla dodávka tří přístrojů zdravotnické techniky, veřejná zakázka však nebyla rozdělena na části, tj. zadávací podmínky uchazečům neumožňovaly podávání samostatných nabídek jen ohledně jednotlivých přístrojů. Pokud tedy měl uchazeč zadávací podmínky splnit, musel do zadávacího řízení podat nabídku na všechny tři přístroje. Protože však jeden z přístrojů nedodává, nabídku nepodala. Proti tomuto dílčímu zjištění žalobce ničeho nenamítá, přitom tvrzení, že před zahájením zadávacího řízení údajně učinil průzkum trhu, podle kterého Philips Česká republika s. r. o. měla ve svém portfoliu všechny tři poptávané přístroje, žalobce ničím nedokládá. Takovým konkrétním průzkumem trhu, resp. jeho prokazatelnými výsledky, žalobce v řízení před žalovaným neargumentoval. Ani v řízení před zdejším soudem uskutečnění žádného takového konkrétního průzkumu trhu žalobce nedokládal, přestože byl při jednání soudu dne 9.10.2014 k doložení uskutečnění takového průzkumu, resp. výstupů z takového průzkumu, vyzván.

MEDIFINE a. s. ve svém vyjádření uvedla, že není schopna dodat plicní ventilátor pro dětské oddělení v žalobcem požadované konfiguraci. Proti tomu žalobce také ničeho nenamítá.

FUJIFILM Europe GmbH uvedla, že nemá v portfoliu CT přístroj vyšší kategorie ani plicní ventilátor pro dětské oddělení. Ani proti tomu žalobce ničeho nenamítá.

V kontextu s tím je třeba vnímat vyjádření Audioscan spol. s r. o., která se zúčastnila zadávacího řízení na dodávku CT přístroje (v informačním systému veřejných zakázek uveřejněno pod ev. č. 60055949), které však žalobce zrušil, a plicní ventilátor v portfoliu nemá. Ani proti tomu žalobce ničeho nenamítá.

Jestliže z právě uvedeného podkladu žalovaný učinil skutková zjištění, že 1. na trhu s lékařskými přístroji existuje více dodavatelů než dva, kteří podali nabídku, a že 2. nikoli každý z dodavatelů je schopen dodat současně všechny tři lékařské přístroje, přitom obojí žalobce nezpochybňuje, a jestliže tato dvě skutková zjištění postavil do souvislosti s úvahou, podle níž předmětem veřejné zakázky jsou tři různé lékařské přístroje, ohledně nichž konstatoval, že 1. dodání všech tří přístrojů na sebe nemusí nutně navazovat, 2. každý z těchto přístrojů je schopen „pracovat“ a „být obsluhován“ samostatně a 3. každý z nich může být určen pro různý okruh pacientů, přitom ani nic z toho žalobce nezpochybňuje, oprávněně dospěl k závěru, že předmět veřejné zakázky v posuzované věci zahrnuje plnění, která spolu vzájemně nesouvisejí, a která jsou svými charaktery plněními odlišnými.

Za tohoto stavu ob stojí závěr žalovaného, že spojil-li žalobce do jedné veřejné zakázky plnění, jež spolu nesouvisí, porušil § 6 ZVZ, konkrétně zásadu zákazu diskriminace.

Případný je přitom žalovaným použitý odkaz na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008. Je sice pravdou, že zadavateli svědčí významná míra autonomie ohledně vymezení plnění, které hodlá poptávat, a tedy ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky, je však povinen i při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky dodržet ZVZ včetně zásady zákazu diskriminace (§ 6 ZVZ), jak žalovaný uvádí v bodu 96. napadeného rozhodnutí. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace, a tedy za porušení § 6 ZVZ, je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku takovým vymezením předmětu veřejné zakázky, je-li zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě *a priori* znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.

Jestliže tedy žalobce v rozkladu namítal, že z § 98 odst. 1 ZVZ nevyplývá zákonná povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, a tedy dovozoval-li, že nemohl porušit povinnost, kterou mu ZVZ neukládá, pak žalovaný správně dovodil, že takového postupu je zadavatel v určitých případech povinen využít, přestože ZVZ takovou povinnost výslovně neukládá, a sice právě z důvodu dodržení § 6 ZVZ. Pokud ZVZ zakazuje při zadávání veřejných zakázek diskriminaci (a to jak zjevnou, tak skrytou), je třeba dovodit, že zadavatel je povinen postupovat tak, aby tento zákaz respektoval a v zadávacím řízení se diskriminace nedopouštěl. Jestliže by zadavatel vymezením veřejné zakázky, konkrétně spojením nesouvisejících plnění, mohl porušit základní zásady zadávacího řízení, musí předmět veřejné zakázky vymezit buď úžeji,

nebo umožnit podávání nabídek na části veřejné zakázky. Je-li jedinou možností, jak dosáhnout dodržení zásady zákazu diskriminace, rozdělení veřejné zakázky, a tuto možnost ZVZ výslovně připouští, je třeba takový postup (rozdělení veřejné zakázky z důvodu zabránění diskriminace) považovat za postup ZVZ uložený (obdobně v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18.9.2014 ve věci sp. zn. 30 Af 80/2012).

Nemůže tedy obstát žalobní argument, podle něhož žalobce i tak zajistil řádnou hospodářskou soutěž. Uvádí-li v této souvislosti žalobce, že si nechal před zahájením zadávacího řízení zpracovat průzkum trhu, pak žádný takový průzkum nedokládá; nedoložil jej ani v řízení před žalovaným, ani k žalobě, ani k výslovné výzvě při jednání soudu (jak je již shora uvedeno). Je-li napadené (a jemu předcházející prvostupňové) rozhodnutí založeno na závěru, že žalobce vymezil předmět veřejné zakázky (jeho šíří bez umožnění podávat nabídky na části) diskriminačně, jde o závěr opodstatněný.

Žalobce také napadá dílčí závěr žalovaného, že rozdělil-li by předmět veřejné zakázky na části (umožnil-li by podávání nabídek na části), mohl obdržet nabídky s nižšími nabídkovými cenami. Ani tu zdejší soud žalobci zapravdu nedává.

Porovnání nabídkových cen ve dvou odlišných zadávacích řízeních nelze pokládat za indikátor nevhodný. Jestliže žalovaný dovodil, že není nemožné, aby části plnění (jeden přístroj včetně souvisejících služeb) poptávané samostatně s využitím postupu podle § 98 odst. 1 ZVZ žalobce pořídil výhodněji, pak tak učinil na základě kvalifikované a těžko obecně zpochybnitelné úvahy, podle níž bylo-li by plnění rozděleno na části (a byl-li by každý z přístrojů poptáván samostatně, resp. bylo-li by možno na každý přístroj podat samostatnou nabídku), pak by na každou z částí plnění mohl obdržet více než dvě nabídky, což by mohlo umožnit jeho pořízení za výhodnější cenu.

Úvaha založená na myšlence „více konkurenční prostředí = výhodnější podmínky“ je jednak úvahou logickou, k níž je žalovaný coby specializovaný správní orgán jistě oprávněn, nadto tato úvaha koresponduje se skutkovým zjištěním ohledně nabídkové ceny jednoho z přístrojů v jiném zadávacím řízení. Z oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatele na veřejnou zakázku na dodávku CT přístroje pod evidenčním číslem 60055949 plyne, že zadávací řízení bylo zahájeno dne 25.3.2011 a jeho zrušení bylo uveřejněno dne 10.6.2011. Nejnižší nabídková cena na dodávku CT přístroje ve zrušeném zadávacím řízení činila 14 310 545 Kč bez DPH, nabídková cena na zajištění osmiletého pozáručního servisu činila 7 984 000 Kč bez DPH; tedy celkem 22 294 545 Kč bez DPH. Argumentoval-li žalovaný k rozkladové námitce (v bodu 100. napadeného rozhodnutí) tak, že žalobce v zadávacím řízení obdržel nižší nabídkovou cenu za poskytnutí služeb pozáručního servisu přístroje CT, nicméně rozhodující z logiky věci je celková výše nabídkové ceny (součet nabídkové ceny za

přístroj a ceny za poskytování služeb pozáručního servisu), pak v kontextu shora uvedeného nejde o závěr žalovaného laický a nekvalifikovaný.

Ze shora uvedeného zdejší soud uzavírá, že napadené rozhodnutí je rozhodnutím přezkoumatelným, z něhož jsou jasně seznatelné důvody, pro které žalovaný dospěl k závěru, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ZVZ v návaznosti na § 98 odst. 1 ZVZ. S nosnými závěry žalovaného k otázce, že žalobce omezil okruh možných dodavatelů tím, že nerozdělil předmět veřejné zakázky na části, ačkoli povaha předmětu plnění veřejné zakázky rozdělení na části připouštěla a zároveň rozdělení veřejné zakázky na části nebránilo pravidlo podle § 13 odst. 3 ZVZ, se zdejší soud i věcně ztotožňuje. Žalovaný aplikoval správný právní předpis, v jeho rámci správnou právní normu, přitom se při její aplikaci na zjištěný skutkový stav nedopustil pochybení, jež by atakovalo zákonnost napadeného rozhodnutí. Žalovaný se rovněž nedopustil žádné procesní vady, jež by vyvolala nezákonnost napadeného rozhodnutí.

Žádný z uplatněných žalobních bodů tedy není důvodným, nadto zdejší soud nezjistil vadu, k níž by měl přihlížet nad rámec uplatněných žalobních bodů z úřední povinnosti, a proto žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce úspěšný nebyl, proto právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému nemá. Toto právo má žalovaný proti žalobci, avšak ze spisu zdejšímu soudu nevyplývalo, že by mu jakékoli náklady přesahující náklady jeho jinak běžné úřední činnosti vznikly, a proto bylo rozhodnuto, že se žalovanému 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 nejbližší 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 9. října 2014

David Raus
předseda senátu

Kancelář:

1. Proved' konečnou žurnalizaci spisu
2. Zalep protokol o hlasování
3. Rozsudek zašli žalobci prostřednictvím zástupce (advokáta) a žalovanému - doručuj do datové schránky, pokud to nebude možné, poznač do spisu včetně důvodu a doručuj obálkou I DVR výhradně jen adresáta
4. Vyznač skončení věci zamítnutím žaloby
5. Po návratu ZPL předlož k vyznačení PM a k vyhotovení ELJ
6. Správní spis zašli zpět žalovanému nebo pošli na NSS, bude-li v mezidobí podána kasační stížnost
7. Založ

Děkuji.

9.10.2014

David Raus

PV:

Je-li jedinou možností, jak v zadávacím řízení dosáhnout dodržení zásady zákazu diskriminace (§ 6 zákona o veřejných zakázkách), rozdělení veřejné zakázky, pak s vědomím toho, že zákon o veřejných zakázkách (v § 98 odst. 1) tuto možnost výslovně připouští, je třeba takový postup (rozdělení veřejné zakázky z důvodu zabránění diskriminace) považovat za postup zákonem o veřejných zakázkách uložený.

