



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci

žalobce: **B. Braun Medical s.r.o.**
sídlem V Parku 2335/20, Praha
zastoupený JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem
ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.
sídlem Na Pankráci 1683/137, Praha

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

za účasti: **Fakultní nemocnice Hradec Králové**
sídlem Sokolovská 581, Hradec Králové

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R0062/2018/VZ-19654/2018/323/JKt ze dne 4.7.2018

takto:

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

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce podal žalobu proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4.7.2018, č.j. ÚOHS-R0062/2018/VZ-19654/2018/323/JKt, kterým byl zamítnut jeho rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 5.4.2018, č.j. ÚOHS-S0061/2018/VZ-10030/2018/531/ESt. Žalovaný rozhodoval v řízení o žalobcově návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele – osoby zúčastněné na řízení – při zadávání veřejné zakázky „Obnova infuzní techniky“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1.9.2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 4.9.2017 pod ev. č. Z2017-024198, ve znění oprav uveřejněných dne 2.10.2017, dne 16.10.2017, dne 23.10.2017, dne 23.11.2017, dne 24.11.2017, dne 4.12.2017, dne 2.1.2018 a dne 10.1.2018, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5.9.2017 pod ev. č. 2017/S 169-346687, ve znění oprav uveřejněných dne 4.10.2017 pod ev. č. 2017/S 190-389042, dne 17.10.2017 pod ev. č. 2017/S 199-409425, dne 21.10.2017 pod ev. č. 2017/S 203-418303, dne 23.11.2017 pod ev. č. 2017/S 225-468375, dne 24.11.2017 pod ev. č. 2017/S 226-470725, dne 2.12.2017 pod ev. č. 2017/S 232-483728, dne 30.12.2017 pod ev. č. 2017/S 250-527255 a dne 10.1.2018 pod ev. č. 2018/S 006-009154.
2. Žalovaný zčásti zamítl žalobcův návrh, zčásti řízení zastavil. Podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), byl návrh zamítnut proto, že žalovaný po meritorním přezkumu postupu zadavatele nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření (výroková část I. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného). V části návrhu týkající se povinnosti vybraného dodavatele zajistit splnění požadavku zadavatele, aby veškeré servisované zboží dodávané na základě smlouvy na veřejnou zakázku bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od čtyř různých výrobců, nejpozději do tří měsíců ode dne, kdy bude vybranému dodavateli ze strany zadavatele doručeno písemné upozornění na neplnění této povinnosti, „nedobodnou-li se smluvní strany jinak“, jež zadavatel stanovil v čl. 5. „Odpovědnost za vady zboží“ návrhu kupní smlouvy a v čl. 4. „Doba plnění a ostatní ujednání“, konkrétně v bodě 4.2. „Realizace servisu“ návrhu servisní smlouvy, Dílu 4 „Návrh kupní smlouvy, smlouvy servisní a smlouvy o zpětném odběru“ zadávací dokumentace, žalovaný podle § 257 písm. h) ZZVZ řízení zastavil, neboť předmětné části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky (výroková část II. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného).
3. Pokud jde o meritorní závěry žalovaného, prvostupňové i napadené rozhodnutí jsou vystavěna na argumentaci, podle níž k porušení ZZVZ nedošlo. Ve vztahu k požadavku zadavatele na kompatibilitu poptávaných přístrojů se spotřebním materiálem minimálně od čtyř různých výrobců, podle žalovaného nejde o excesivní požadavek, neboť naplňuje legitimní cíle stanovené zadavatelem, konkrétně zachování hospodářské soutěže při pořizování spotřebního materiálu po dobu užívání přístrojů, zamezení rizika výpadku dodávek spotřebního materiálu a sjednocení spotřebního materiálu napříč pracovišti. Žalovaný nesouhlasil s názorem žalobce, že tento požadavek po účastnících zadávacího řízení fakticky předem vyžaduje smluvní zajištění čtyř dodavatelů po nepřiměřeně dlouhou dobu a přenáší na ně odpovědnost za chování třetích stran a vývoj trhu se spotřebním materiálem. Tento požadavek měl žalovaný za přiměřený i proto, že na trhu působí více dodavatelů, kteří takový požadavek dokáží splnit a kteří vstoupili do zadávacího řízení.
4. Ve vztahu k otázce uplatňování smluvní pokuty včetně možnosti vyvinění se z nesplnění požadavku na kompatibilitu žalovaný rovněž nedovodil exces. Smluvní pokuta je uplatnitelná v případě prodlení, pokud se dodavatel z odpovědnosti za nesplnění požadavku nevyviní v důsledku vyvinutí přiměřené snahy; možnost vyvinění v důsledku přiměřené snahy posoudil žalovaný jako dostatečně určité formulovanou, přičemž pouhou existencí možných pro

dodavatele nepříznivých výkladů termínu „přiměřená snaha“ neshledal dostatečným argumentem pro vyslovení netransparentnosti. Z ustanovení o smluvní pokutě je dle žalovaného také dostatečně jasné, že zadavatel na dodavatele nepřenáší objektivní odpovědnost za chování třetích stran a vývoj trhu se spotřebním materiálem.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

5. Žalobce předně uvádí, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, jelikož se žalovaný nevypořádal s několika stěžejními námitkami rozkladu. Konkrétní nevypořádané námitky žalobce uvádí dále v žalobě, a to vždy ve vztahu k jednotlivým namítaným pochybením zadavatele, nicméně příkladmo odkazuje na tvrzení v bodu 11. napadeného rozhodnutí, kde žalovaný uvádí, že se žalobce v rozkladu vůbec nevyjádřil k části výroku II. prvostupňového rozhodnutí žalovaného, což dle názoru žalobce dokládá, že žalovaný zcela ignoroval vyjádření žalobce, které je obsaženo v bodu 48. jeho rozkladu. Tyto nedostatky dle názoru žalobce přitom nelze překlenout odkazem na rozhodovací praxi správních soudů, podle které nemusí být na každý jednotlivý argument podrobně reagováno.
6. Žalobce dále namítá, že žalovaný nesprávně a nedostatečně posoudil namítané porušení zásady přiměřenosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ, jelikož zadávací podmínky – konkrétně požadavek na zajištění kompatibility poptávaných přístrojů se spotřebním materiálem minimálně čtyř výrobců, jejichž spotřební materiál je dostupný na trhu v České republice, a následné zajištění této kompatibility po dobu trvání záruční doby a pozáručního servisu (tj. více než 10 let) – jsou zcela nepřiměřené a neoprávněně znemožňují účast v zadávacím řízení řadě dodavatelů.
7. Žalobce žalobu následně ve lhůtě doplnil o námitku nepodloženého tvrzení o počtu dodavatelů, kteří jsou schopni požadavek na kompatibilitu splnit, neboť z prvostupňového ani z napadeného rozhodnutí neplyne, na základě jakých podkladů žalovaný tento závěr dovodil.
8. V další námitce ohledně nepodloženého tvrzení existence osmi výrobců spotřebního materiálu žalobce uvádí, že žalovaný nekriticky přijal tvrzení zadavatele nedoložené žádnými důkazy, namísto toho, aby si je ověřil.
9. Ve vztahu ke smluvnímu instrumentariu žalobce dále brojí jednak proti smluvní sankci ve formě smluvní pokuty při nesplnění požadavku na kompatibilitu poptávaných přístrojů, jak bylo shora uvedeno, a kromě toho proti samotnému vymezení možnosti vyvinut se i proti její formulaci. Smluvní pokuty i možnost vyvinutí se žalobce považuje za netransparentní, neboť jejich interpretace a aplikace jsou zcela na libovůli zadavatele.
10. Žalobce dále považuje za nesprávné tvrzení žalovaného, že případná závislost na jediném výrobcu spotřebního materiálu by pro zadavatele vyvolala potřebu poptávat spotřební materiál v jednacím řízení bez uveřejnění. Žalovaný v této souvislosti zřejmě zaměnil pojem výrobce a dodavatele spotřebního materiálu, neboť výrobky jednoho výrobce mohou být distribuovány několika subjekty, mezi kterými bude fungovat konkurenční prostředí.
11. Žalobce upozorňuje na novou formu diskriminace na základě jedné nebo kombinace více smluvních podmínek, které představují tak nepřiměřené riziko pro dodavatele a současně široký prostor pro libovůli na straně zadavatele, že mohou odradit od podání nabídky některé dodavatele. Žalovaný je přitom podle žalobce obeznámen s těmito praktikami, je si vědom nepřiměřenosti, nevhodnosti a netransparentnosti smluvních podmínek, ale s tvrzením, že se nejedná o zjevný exces, tento postup zadavatelů aprobuje.
12. Dále žalobce v doplnění žaloby namítá, že žalovaný žádným způsobem neověřil tvrzení zadavatele ohledně jeho možnosti kontroly splnění podmínky kompatibility předmětného zdravotního prostředku, jelikož dodavatelé či výrobci mají povinnost registrovat spotřební materiál jakožto zdravotnický prostředek. Žalovaný tak dle názoru žalobce i toto tvrzení zadavatele pouze převzal jako pravdivé, přitom podle zkušeností žalobce Státní ústav pro

kontrolu léčiv není schopen se s náporem žádostí o notifikaci zdravotnických prostředků průběžně vypořádávat, což má za následek, že záznamy o notifikaci distributora k distribuci zdravotnického prostředku v Registru zdravotnických prostředků se nemusí objevit vůbec, resp. nikoliv v reálném čase.

13. Ve zbytku doplnění žaloby se žalobce vyjadřuje ke sporným tvrzením, konkrétně k otázce komplexního přehledu o trhu zdravotnických prostředků ze strany zadavatele, k otázce hospodárnosti odděleného poptávání infuzní techniky a spotřebního materiálu, ke stabilitě trhu se zdravotnickým materiálem svědčící pro nepřiměřenost zadávací podmínky a k nutnosti ověřovat a testovat kompatibilitu více druhů spotřebního materiálu najednou z důvodu krátké lhůty. Žalobce doplnění žaloby uzavřel tím, že u zadavatele nelze s ohledem na výsledky auditů a šetření v obdobných příspěvkových organizacích presumovat hospodárnost jeho jednání, spíše naopak.
14. Žalobce navrhuje dokazování, a to vyjádřením jiného světového renomovaného výrobce infuzní techniky (např. společnost Fresenius Kabi s.r.o.) ohledně důvodů vedoucích jej k nepodání nabídky v zadávacím řízení a vyjádřením České společnosti pro zdravotnickou techniku (předseda Ing. Jiří Petráček je zároveň soudním znalcem v oboru zdravotnická technika a oceňování) pro potvrzení skutkového stavu, resp. pro účely prokázání závažnosti posouzení kompatibility infuzní techniky a spotřebního materiálu z hlediska spolehlivosti a bezpečnosti pro pacienty.
15. S ohledem na výše uvedené žalobce navrhuje, aby zdejší soud napadené rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

16. Žalovaný ve svém vyjádření trvá na tom, že věc posoudil správně a na základě dostatečně zjištěného skutkového stavu, aplikoval správná zákonná ustanovení i dosavadní judikaturu. Závěry napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí řádně, dostatečně a transparentně odůvodnil. Žalovaný proto se žalobou nesouhlasí a navrhuje, aby zdejší soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. Taktéž žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

17. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.). Zdejší soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. Vydané předběžné opatření zakazující uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku a argumentace osoby zúčastněné na řízení ohledně potřeby jejího uzavření, kterou uplatnila po vydání předběžného opatření, byly pro zdejší soud závažnými důvody pro přednostní rozhodnutí věci podle § 56 odst. 1 s.ř.s.; přednostnímu rozhodnutí věci nebránil ani stav vyřizování dříve napadlých věcí do soudních odd. 62 a 67 zdejšího soudu.
18. Nejprve se zdejší soud zabýval námitkami obecně směřujícími do nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení. Tu zdejší soud vyšel z toho, že podle § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „správní řád“), se v odůvodnění rozhodnutí uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. Tyto požadavky napadené rozhodnutí splňuje; je z něj dostatečně jasně patrné, o čem, jak a z jakých důvodů žalovaný rozhodl.
19. Pokud jde o konkrétně namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, pak žalobce v úvodu žaloby odkazuje na bod 11. napadeného rozhodnutí, kde žalovaný uvedl, že *„...navrhovatel se nezřetozřňuje s napadeným rozhodnutím a závěry Úřadu v něm prezentovanými. K výroku II.*

napadeného rozhodnutí se však nijak nevyjadřuje...“: Výrokem II. prvostupňového rozhodnutí bylo podle § 257 písm. h) ZZVZ správní řízení v části zastaveno, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky. Žalobce k tomu odkazuje na bod 48. rozkladu, ze kterého vyplývá opak. Zde žalobce brojil proti možnému svévolnému výkladu smluvních podmínek zadavatelem v postavení jedné ze smluvních stran, což vytváří prostor pro jeho libovůli, proti které neexistuje žádná obrana. Zdejšímu soudu z bodu 11. napadeného rozhodnutí vyplývá, že žalobce podle žalovaného rozkladem nečiní spornou skutečnost, že návrhu k žalovanému v této části nepředcházely řádně a včas podané námitky. To odpovídá obsahu rozkladu. Pak tedy v tomto ohledu napadené rozhodnutí nikterak nepřezkoumatelné není.

20. Pokud jde o obsah rozkladové námitky pod bodem 48., pak v ní žalobce vedl polemiku ohledně správnosti posouzení otázky svévolného výkladu smluvních podmínek zadavatelem a ohledně neexistence obrany proti takovému postupu. Názor žalovaného na podstatu této rozkladové námitky je z odůvodnění napadeného rozhodnutí zřejmý; předseda žalovaného na otázku svévolného výkladu smluvních podmínek zjevně nahlíží shodně jako žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí, v němž (bod 132.) je tato otázka srozumitelně řešena. Už z prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, že podle žalovaného nelze dovozovat, že vyvinění se, resp. dočasné „odpuštění“ povinnosti smluvně stanovený požadavek na kompatibilitu splňovat, závisí na libovůli zadavatele, jak žalobce dovozoval již v průběhu správního řízení v prvním stupni; žalovaný nesouhlasil s tím, že by si zadavatel smlouvením tohoto pravidla vytvořil prostor pro svévolné rozhodování o tom, kdo a kdy je požadavek na zajištění kompatibility plnění veřejné zakázky se spotřebním materiálem alespoň čtyř výrobců povinen splňovat. Lze si podle žalovaného stěžít představit, že v důsledku formulace výjimky ze splnění tohoto požadavku v zadávací dokumentaci by si zadavatel mohl jen dle vlastního uvážení rozhodovat, kterému z dodavatelů, který se stane vybraným dodavatelem, odpustí povinnost tento požadavek splňovat a kterému nikoliv. Podle žalovaného kontext všech zadávacích podmínek svědčí pro umožnění této výjimky pouze v určitých a předem daných situacích, přitom skutečnost, že zadavatel při formulaci výjimky neuvedl v zadávacích podmínkách taxativní výčet těchto situací, nelze považovat za netransparentní, neboť není v možnostech zadavatele předjímat veškeré možné eventuality, jež mohou při snaze o opětovné prokázání splnění požadavku na zajištění kompatibility ze strany vybraného dodavatele nastat. Podle žalovaného zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl několik příkladů, kdy bude vybranému dodavateli umožněno vyvinut se z povinnosti splňovat požadavek zadavatele na kompatibilitu plnění veřejné zakázky s plněním od alespoň čtyř výrobců, a to po dobu nezbytně nutnou, např. než na relevantní trh bude uveden nový spotřební materiál, které potenciálním dodavatelům poskytují dostatečnou představu, za jakých situací nebude vybraný dodavatel povinen smluvní pokutu hradit.
21. Je-li podstata argumentu žalovaného založena na tom, že zadávací podmínky poskytují potenciálním dodavatelům jasnou informaci o tom, že zadavatel zásadně požaduje splnění předmětného požadavku na zajištění kompatibility po celou dobu plnění veřejné zakázky, přičemž pouze ve výjimečných případech, jež vybraný dodavatel nemůže ovlivnit, mu je umožněno se z tohoto požadavku (povinnosti) vyvinut, pak jde ze strany žalovaného o argument jasně odůvodněný a zároveň věcně reagující na žalobcovy výtky. Žalovaný vyjadřuje svůj pohled na tvrzení žalobce ohledně netransparentního stanovení výjimky z jinak obecně – pro všechny dodavatele předem shodně – uložené povinnosti a argumentuje v tom směru, že souhlasil-li by se žalobcem, pak v praxi by mohl být v podstatě každý zadavatel podezřelý z úmyslu uplatňovat smlouvená pravidla selektivně. Už tedy prvostupňové rozhodnutí obsahuje dostatečnou odpověď na názor žalobce, na němž v rozkladu pak žalobce pouze setrval. V tomto ohledu zdejší soud žádnou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí ve spojení s rozhodnutím prvostupňovým nedovojuje.
22. Žalobce dále (bod 16. žaloby) konkrétně namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v tom směru, že odmítá-li žalovaný argument, že je třeba si podle zadávacích podmínek předem

zasmluvnit čtyři dodavatele spotřebního materiálu, neboť to podle žalovaného není jedinou možností, jak podmínku zadavatele splnit, pak by měl žalovaný tyto další tvrzené možnosti uvést. Z napadeného rozhodnutí, konkrétně z bodu 38., je však zdejšímu soudu zřejmý názor žalovaného na nutnost takového zasmluvnění čtyř výrobců spotřebního materiálu, přitom konkrétní neuvedení dalších způsobů, jak tuto zadávací podmínku naplnit, z napadeného rozhodnutí nečiní rozhodnutí nepřezkoumatelné. V úvahu přicházející alternativa předchozího zasmluvnění čtyř dodavatelů spotřebního materiálu plyne z existence nejméně osmi subjektů způsobilých dodávat spotřební materiál, jak je to zmiňováno v bodu 38. napadeného rozhodnutí, neboť existují-li takoví dodavatelé a neindikuje-li nic, že by se na tom mělo v principu cokoli podstatného měnit, pak je důvod předpokládat jejich existenci (popř. existenci jiných dodavatelů, opustili-li by někteří z existujících dodavatelů trh) i po dobu povinného zajištění kompatibility, aniž by bylo třeba jakéhokoli nutného předchozího zasmluvnění.

23. Žalobce (bod 7. doplnění žaloby) namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí i z důvodu neprovedení průzkumu trhu či neopáření si jiných důkazních prostředků dokládajících zadavatelem tvrzený počet dodavatelů spotřebního materiálu na trhu. Žalovaný tento svůj postup v napadeném rozhodnutí vysvětlil zejména tím, že žalobce zadavatelem ve správním řízení tvrzený počet potenciálních dodavatelů spotřebního materiálu na trhu nijak nerozporoval (bod 38. napadeného rozhodnutí), a proto nebylo důvodu zadavatelovo tvrzení, jež jinak nepůsobilo pro žalovaného nevěrohodně, prověřovat. Ani tomuto dílčímu závěru z pohledu samotné přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí zdejší soud nic nevytýká.
24. Žalobce dále namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodu ve vztahu k posouzení smluvní podmínky jako řádné a zákonné. Zdejší soud je naopak toho názoru, že žalovaný se v napadeném rozhodnutí ke smluvní podmínce vyjadřuje velmi podrobně, přičemž hodnocení žalovaného je dobře seznatelné. Žalovaný se touto otázkou zabývá obsáhle a relativně komplexně, přitom jeho úvahy ani po stránce logiky nevykazují žádný deficit, jenž by vyvolával nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
25. Ani nad rámec uvedených konkrétních námitek směřujících do nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí zdejší soud napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným neshledal, neboť z něj jsou zřejmé důvody výroku, podklady pro vydání rozhodnutí i samotné úvahy, kterými se žalovaný řídil. Celé napadené rozhodnutí – společně s rozhodnutím prvostupňovým – vyjadřuje ucelený pohled žalovaného na míru, v níž je oprávněn (povinen) se smluvními podmínkami zabývat, i na jejich srozumitelnost a přiměřené použití ze strany zadavatele v nyní posuzované věci. Z úvah žalovaného je především patrné, že žalovaný konkrétní posuzovaná pravidla smluvního instrumentaria nepovažuje za nikterak vymykající se běžným obchodním vztahům. Žalobce musel argumentaci žalovaného porozumět, ostatně žalobce s napadeným rozhodnutím konkrétně polemizuje, což by činit nemohl, pokud by nosné důvody nebyly z napadeného rozhodnutí patrné. Argumenty žalobce i žalovaného, v obou případech podle zdejšího soudu srozumitelně podávané, vyjadřují odlišné pohledy na právní posouzení, to je však již otázkou meritorního průzkumu.
26. Žalobce především velmi podrobně argumentuje proti nepřiměřenosti zadávací podmínky spočívající v požadavku na kompatibilitu poptávaných zdravotnických přístrojů se spotřebním materiálem minimálně čtyř výrobců na českém trhu, která podle jeho názoru neoprávněně znemožňuje účast v zadávacím řízení řadě dodavatelů, a detailně v žalobě popisuje „novou formu skryté diskriminace“ prostřednictvím nevýhodných a rizikových smluvních podmínek, které nemůže seriózní dodavatel akceptovat.
27. V rámci technické specifikace zdravotnických prostředků pro veřejnou zakázku obsažené v Části 1 – infuzní technika pro neonatologii, písm. a) Infuzní pumpy – dokovatelné, v Dílu 2 zadávací dokumentace (Technická specifikace) byl zadavatelem jako jeden z požadavků na předmět plnění stanoven požadavek, aby byla dána „*možnost běžně a záměně používat infuzní sety s partikulárním filtrem*“

15 mikronů vhodné pro použití v infuzních pumpách minimálně od 4 různých výrobců, jejichž sety jsou na českém trhu nabízeny/obchodovány ... Tato podmínka musí být splněna po celou dobu provádění záručního a pozáručního servisu dodané infuzní techniky. Vyše uvedená podmínka není pro účastníka závazná v případě, že v daném konkrétním čase účastník objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit naplnění této podmínky při vynaložení přiměřeného úsilí (např.: nedostatečný počet dotčeného druhu spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky). Případnou nemožnost naplnění takto stanovené podmínky v daném čase je účastník povinen zadavateli objektivně prokázat (např. výsledkem provedených testů spotřebního materiálu od jiných výrobců, u kterých výrobce infuzní techniky odmítl možnost použití tohoto materiálu aj.). V případě, kdy účastník přestane splňovat vyše uvedenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění vyše specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je účastník povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude účastníkovi doručeno ze strany zadavatele písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedobrodnou-li se smluvní strany jinak.“ Uvedený požadavek zadavatel promítl také do samotného návrhu Kupní smlouvy na dodávky infuzní techniky (bod 5. Odpovědnost za vady zboží) a návrhu Servisní smlouvy (bod 4.2. Realizace servisu), čímž fakticky stanovil dobu, po kterou musí být uvedená podmínka splněna, na minimálně 120 měsíců (záruční lhůta je v návrhu kupní smlouvy sjednána na 36 měsíců a provádění pozáručního servisu na základě návrhu servisní smlouvy je sjednáno na dobu neurčitou, přičemž poskytovatel je oprávněn ji vypovědět nejdříve po 84 měsících ode dne nabytí účinnosti této smlouvy).

28. Tu je k žalobní argumentaci třeba nejprve se zabývat otázkou samotného rozsahu přezkumu smluvního instrumentaria ze strany žalovaného; požadavek na kompatibilitu poptávaných zdravotnických přístrojů se spotřebním materiálem byl totiž takovou zadávací podmínkou, která – přestože byla součástí zadávací dokumentace pro zadávací řízení – měla být fakticky aktivována až po skončení zadávacího řízení coby jedna ze smluvních podmínek tvořících smlouvu, k jejímuž uzavření v zadávacím řízení došlo. Dobře se tu ukazují možné (a v zadavatelské praxi i reálně existující) rozdílné argumentační pozice ohledně toho, do jaké míry má (může) žalovaný do smluvních vztahů vznikajících při zadávání veřejných zakázek ingerovat. Jeden krajní pohled může být založen na přesvědčení (především zadavatelů), že žalovaný má dohlížet „jen“ nad dodržáním pravidel pro vedení zadávacích řízení (nad samotnou procedurou zadávání až do okamžiku uzavření smlouvy), aniž by měl (mohl) vstupovat do samotného smluvního vztahu hodnocením vhodnosti, přiměřenosti či vyváženosti smluvních ujednání. Druhý krajní pohled může být naopak založen na přesvědčení (především dodavatelů), že nastavení zadávacích podmínek, byť se reálně aktivujících až po skončení zadávacího řízení (po uzavření smlouvy) coby smluvní podmínky, determinuje zadávací řízení mimo jiné i ohledně okruhu dodavatelů, kteří jsou schopni na tyto (být až později se aktivující) zadávací podmínky přistoupit, aniž by měli možnost podat nabídku v zadávacím řízení v rozporu s takovými zadávacími podmínkami (§ 51 odst. 3 ZZVZ), a tedy se ve vztahu k zadávacímu řízení (přínejmenším pokud jde o požadavek na zajištění dostatečné hospodářské soutěže mezi dodavateli reálně způsobilými předmět veřejné zakázky splnit) jistě může projevovat, a proto by i přezkum smluvních podmínek měl být součástí pravomocí žalovaného. Řešení tohoto střetu dvou krajních argumentačních pozic, v obou případech z určitých pohledů dobře hájitelných, podle zdejšího soudu spočívá v nalezení rozumného kompromisu.
29. Vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je vztahem soukromoprávním (obdobně např. v Německu nebo ve skandinávských státech – srov. TICHÝ, Luboš, ARNOLD, Rainer, SVOBODA, Pavel, ZEMÁNEK, Jiří, KRÁL, Richard. *Evropské právo*. 4. vydání Praha: C. H. Beck, 1999, s. 523.), a to nejen ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nýbrž i v průběhu její kontraktace (např. rozsudek zdejšího soudu ze dne 25.4.2013, č.j. 31 Af 38/2012-52, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7.8.2013, č.j. 1 Afs 57/2013-39). Samotný proces kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem je nicméně ovládnut povinnostmi dodržet požadavky vyplývající ze ZZVZ, který závazně upravuje postup zadavatelů coby jedné

kontraktační strany směřující k tomu, aby takový úplatný smluvní vztah vznikl, a zároveň upravuje i kontraktační postupy dodavatelů coby druhé kontraktační strany. ZZVZ obsahuje pravidla povinně aplikovatelná jak v kontraktační fázi, tak ve fázi předkontraktační (např. § 33 ZZVZ) a pokontraktační (např. § 222 ZZVZ). Prostřednictvím jednotlivých pravidel vyplývajících ze ZZVZ pro fázi kontraktační je regulován proces výběru smluvního partnera, se kterým pak zadavatel vstoupí do soukromoprávního závazkového vztahu (např. rozsudek zdejšího soudu ze dne 3.1.2013, č.j. 62 Af 64/2011-41, nebo ze dne 25.10.2017, č.j. 62 Af 121/2016-196), dodavatel přitom do procesu výběru zadavatelova smluvního partnera vstupuje se svojí nabídkou, která musí odpovídat zadávacím podmínkám, přitom výsledná smlouva musí odpovídat zadávacím podmínkám i nabídce (§ 51 odst. 3 ZZVZ), a to ve všech ohledech, tedy i v těch, jež lze považovat za ohledy výlučně závazkové (smluvní).

30. Přezkumná pravomoc žalovaného, jak je vymezena v § 248 ZZVZ (žalovaný vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených ZZVZ a zadávacími podmínkami), se týká dodržování požadavků na zákonnost postupu podle ZZVZ, což – především pokud jde o dodržení zásady přiměřenosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ) a zásady zákazu diskriminace dodavatelů (§ 6 odst. 2 ZZVZ) – může zahrnovat i přezkum těch zadávacích podmínek, jež se nakonec po uzavření smlouvy projeví coby podmínky smluvní. Přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany žalovaného, neboť jistě není (a nemůže být) úkolem žalovaného, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tím se stal arbitrem výlučně soukromoprávního střetu představ zadavatele i dodavatele ohledně konkrétních parametrů jejich vzájemného závazkového vztahu, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení především § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní, žalovaný pravomoc k posouzení těchto podmínek má – a pro svoje rozhodování ohledně zákonnosti postupu zadavatele podle ZZVZ je posoudit musí. Excesivně nastavené zadávací podmínky, byť by se měly projevit coby podmínky smluvní „až“ po uzavření smlouvy, tedy po skončení zadávacího řízení, mohou mít mnohdy shodně negativní vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení jako kupř. nepřiměřeně nastavené podmínky kvalifikace či hodnocení nabídek, neboť mohou působit stejně eliminačně, a tudíž nepřiměřeně a diskriminačně, a tedy jejich konkrétním nastavením (coby součást zadávacích podmínek) může k porušení ZZVZ dojít. Žalovaný tedy je oprávněn (a povinen) podrobit přezkumu i „výlučně“ smluvní podmínky z toho pohledu, zda jejich nastavením nedochází k porušení ZZVZ. I podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24.4.2013, č.j. 1 Afs 2/2013-46, „...je zapotřebí vyloučit možnost, aby zadavatel mohl v rámci soukromoprávního vztahu vyloučit možnost veřejnoprávního přezkumu, čímž by byl popřen smysl celé úpravy zákona o veřejných zakázkách....“.
31. Jestliže tedy žalobce v nyní posuzované věci brojil proti porušení zásad zadávání veřejných zakázek (§ 6 ZZVZ) konkrétním nastavením smluvních podmínek, žalovaný se těmito podmínkami zabývat mohl a měl. Žalovaný se tudíž měl zabývat smyslem žalobcem zpochybněných parametrů smluvního vztahu, jenž ze zadávacího řízení vzešel. Žalovaný měl vyjít z toho, že způsob stanovení zadávacích podmínek (včetně těch podmínek, které se ve skutečnosti aktivují až po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem) je na uvážení zadavatele a pokud zadavatel dodrží zásady zadávání veřejných zakázek, případně další výslovná omezení ZZVZ, je na něm, aby určil, za jakých podmínek hodlá do smluvního vztahu vstoupit (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.4.2014, č.j. 9 Afs 21/2013-39), a tedy předmětem jeho přezkumu se měly stát žalobcem zpochybněvané smluvní podmínky právě a pouze z pohledu ZZVZ. Tak také žalovaný podle zdejšího soudu postupoval.
32. Smysl (důvod) zadávací podmínky spočívající v požadavku na kompatibilitu poptávaných zdravotnických přístrojů se spotřebním materiálem minimálně čtyř výrobců na českém trhu žalovaný vyhodnotil coby „...zachování hospodářské soutěže při pořizování spotřebního materiálu po dobu

životnosti poptávaných přístrojů, minimalizace rizika výpadku dodávek spotřebního materiálu v důsledku závislosti na jediném dodavateli po dobu životnosti přístrojů...“ a zdejší soud se žalovaným v tomto ohledu bez jakékoli výhrady souhlasí. Na tomto smyslu (důvodu) nic nemění ani zadavatelovo prohlášení ohledně jeho dílčího záměru „...zajistit možnost používat jednotný spotřební materiál napříč pracovišti zadavatele, a to bez ohledu na skutečnost, na základě jakého zadávacího řízení bude v období životnosti této techniky pořizována další infuzní technika...“, jak je podal žalovanému ve správním řízení; naopak z něj může plynout, že zadavatel má zájem o otevřenou hospodářskou soutěž při zadávání veřejných zakázek na spotřební materiál v co nejvíce svých zařízeních, což samo o sobě s primárním účelem výše uvedeným – zachování hospodářské soutěže – nikterak nekoliduje. Je-li rozumně dovoditelným smyslem podmínky spočívající v požadavku na kompatibilitu poptávaných zdravotnických přístrojů se spotřebním materiálem minimálně čtyř výrobců na českém trhu minimalizovat riziko výpadku dodávek spotřebního materiálu v důsledku závislosti na jediném dodavateli po dobu životnosti přístrojů, pak jde o racionální zadavatelskou snahu o efektivní využití přístrojů po dobu jejich životního cyklu. Podstatou požadavku zadavatele v nyní posuzované věci není nic jiného, než co by bylo podstatou oprávněného požadavku jakéhokoli odběratele při kontraktaci dlouhodobějšího plnění; to, co zadavatel požadoval, nebylo tedy vyvoláno jeho reálně silnější kontraktační pozicí při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku, jež plyne z pravidel podávaných z § 51 odst. 3 ZZVZ. Pohled žalovaného na přiměřenost této smluvní podmínky z pohledu ZZVZ, jenž plyne z napadeného rozhodnutí, tedy zdejší soud sdílí.

33. Pokud jde o kvantifikaci této smluvní podmínky, zadavatel k požadavku na poptávané zdravotnické přístroje – infuzní techniku – ve svém vyjádření ze dne 26.2.2018 uváděl, že „...na trhu existuje infuzní technika, která umožňuje používat běžné spotřební materiály dostupné na trhu od různých výrobců, tzn. infuzní technika, v jejímž návodu je připuštěna možnost používat spotřební materiál různých značek (např. injekční dávkovač MP 30 a volumetrická pumpa MP60 od výrobce MedCaptain, injekční dávkovač HK400 a infuzní pumpa HK100 od výrobce Hawkmed, injekční dávkovač Medina S a infuzní pumpa Medina P od výrobce Medina, lineární dávkovač Argus A606S a infuzní pumpa Argus A717 výrobce Codan Argus aj.)...“ a že „...[n]a trhu existuje celá řada výrobců spotřebního materiálu, kteří umožňují naplnění zadavatelem stanovené podmínky (např. B. Braun, BD, Terumo, Chirana, Medilab, Bexamed, Penta, Henke Sass Wolf, Gama Group, Codan, Henry Schein atd.)...“. Je-li žalobce profesionálem v oboru a měl-li by uvedenou smluvní podmínku skutečně za nepřiměřenou proto, že zadavatelem uváděné odůvodnění její přiměřenosti by nebylo pravdivé, jistě by to žalobce věděl a jistě by to namítal. Žalobce však nic takového v konkrétní rovině nečinil. Neměl-li žalovaný pochybnosti o pravdivosti toho, co uváděl zadavatel, a to ani od žalobce, ani ze zbylého obsahu správního spisu, není důvod mu vytýkat, že ze zadavatelových tvrzení vycházel.
34. Uvedená zadavatelova tvrzení navíc žalobce nezpochybňoval ani v žalobě; pouze v doplnění žaloby zpochybňoval postup žalovaného v tom směru, že uvedená tvrzení zadavatele neověřil. Skutkový stav věci je řádně zjištěn tehdy, je-li zjištěn do té míry, že o něm nejsou pochybnosti, a správní orgány nemají povinnost opatřovat a provádět důkazy, které jsou zjevně nadbytečné a nejsou bezpodmínečně nutné (obdobně např. rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 31.3.2011, č.j. 17 A 77/2010-30). Byl-li žalovaný podle § 3 správního řádu povinen zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu, pak za situace, kdy zadavatel ve vyjádření uvedl demonstrativní výčet konkrétních subjektů a jejich výrobků, na základě jejichž počtu dovozoval, že jeho požadavky jsou přiměřené a nediskriminační, a kdy žalobce takto konkrétní tvrzení zadavatele v rámci správního řízení nezpochybnil, nebylo automatickou povinností žalovaného zadavatelova tvrzení ověřovat.
35. Pokud jde o posouzení povahy smluvní podmínky spočívající v požadavku na kompatibilitu poptávaných zdravotnických přístrojů se spotřebním materiálem minimálně čtyř výrobců na českém trhu, pak jejím obsahem je jednak požadavek, aby infuzní technika byla v okamžiku uzavření smlouvy na veřejnou zakázku kompatibilní se spotřebním materiálem minimálně od čtyř

výrobci dostupném na českém trhu, a kromě toho požadavek na zajištění této po dobu následujících 36 měsíců poté nejméně po dobu 84 měsíců. Pokud infuzní technika přestane po dobu platnosti uvedených smluv splňovat tento požadavek, nastupují smluvní sankce. Obě smlouvy nicméně obsahují i liberační důvody, při jejichž naplnění je nesplnění daného požadavku zadavatele vyloučeno ze sankčního ujednání.

36. Žalobce namítá, že pro splnění požadavku zadavatele má dvě možnosti, a to buď v případě potřeby přebudovat již dodanou infuzní techniku, což dle jeho názoru není možné, nebo si předem smluvně zajistit čtyři dodavatele spotřebního materiálu na požadovanou dobu, což však považuje za absurdní a nerealizovatelné; takový požadavek dle názoru žalobce nedůvodně a radikálně omezuje okruh možných dodavatelů, kteří z důvodu nepřiměřeného rizika, že nebudou moci požadavek zadavatele po dobu deseti let naplnit, se zadávacího řízení nezúčastní. Toto hodnocení však zdejší soud nesdílí již proto, že sám zadavatel ve svém vyjádření ze dne 26.2.2018 (str. 3) potvrzuje, že požadavek splňuje konkrétně i žalobcem nabízený výrobek Perfusor Space, který (str. 59 návodu) připouští používání spotřebního materiálu až osmi různých výrobců, žalobce to přitom nikterak nezpochybuje; nečinil tak ani ve správním řízení, ani nyní v žalobě.
37. Spatřuje-li žalobce nepřiměřenost uvedené smluvní podmínky v délce jejího trvání (uvádí, že „...*jádro jeho námitek spočívá v době 10 let, po kterou žádá zadavatel tuto kompatibilitu garantovat...*“), pak ze správného spisu se podává, aniž by to žalobce činil sporným, že životnost poptávané infuzní techniky dosahuje více než dvaceti let, přičemž lze ze samotné logiky věci dovozovat, že infuzní technika ke svému řádnému provozu vyžaduje spotřební materiál. Požadavek na garanci kompatibility po dobu 120 měsíců (10 let) tak není z tohoto pohledu požadavkem nepřiměřeným. Tím spíše nemohou být dány pochybnosti o jeho přiměřenosti (je-li tento požadavek limitován garancí čtyř výrobců) v situaci, kdy spotřební materiál na českém trhu nabízí nejméně jedenáct výrobců včetně žalobce, jak se podává z vyjádření zadavatele, které žalobce rovněž žádným konkrétním argumentem nezpochybil.
38. Závěr žalovaného ohledně přiměřenosti uvedené smluvní podmínky podporují i další argumenty. Pro vyhovění uvedené smluvní podmínce není třeba vždy (za všech okolností) mít smluvně zajištěny čtyři výrobce spotřebního materiálu, neboť v případě, že dodavatel prokáže, že nikoli vlastní vinou nebo vinou výrobce neměl možnost zajistit ve stanovené době naplnění této podmínky, a to při vynaložení přiměřeného úsilí k dosažení tohoto stavu, je nesplnění dané podmínky vyloučeno z možnosti uplatňovat sankci. V případě poklesu počtu výrobců (dodavatelů) kompatibilního spotřebního materiálu, při splnění sjednaných podmínek, tak nenastupují sankční mechanismy smlouvy. Argument žalobce, že je „pouze“ distributorem infuzní techniky, nikoli výrobcem, což mu komplikuje situaci při testování kompatibility spotřebního materiálu, je v uvedeném kontextu nepřiléhavý. Podle zdejšího soudu je ve výsledku lhostejné, zda požadavek zadavatele bude splněn zajištěním čtyř „výrobců“, čtyř „dodavatelů“ nebo čtyř „distributorů“; v některých případech může jít o tytéž subjekty, v jiných případech může jít o subjekty odlišné, to však nikterak nezpochybuje samotnou přiměřenost požadavku na kompatibilitu vycházející z existence více souběžných distribučních kanálů. Konečně ani námítka žalobce ohledně finančních a časových nároků spojených s testováním kompatibility spotřebního materiálu s infuzní technikou nejsou argumentem, pro který by uvedená smluvní podmínka měla být považována za nepřiměřenou (a diskriminující); dodavatel v postavení účastníka zadávacího řízení na veřejnou zakázku na dodávky infuzní techniky a její servis po dobu 10 let nutně z povahy věci vždy podstupuje určitou míru podnikatelského rizika a byť lze předpokládat, že desetileté plnění veřejné zakázky bude ovlivňováno výkyvy nabídky na trhu se spotřebním materiálem, není nedostatek pevné představy dodavatele o finančních a časových nákladech v souvislosti s plněním požadavku na kompatibilitu dodané infuzní techniky, je-li toto riziko omezováno uvedenými liberačními možnostmi a současně nejsou-li zpochybňovány dílčí závěry žalovaného ohledně relativní stability trhu a ohledně nepravděpodobnosti výpadku většího počtu výrobců (bod 42. napadeného rozhodnutí), důvodem, pro který by měl být zadavatelův

požadavek pokládám za rozporný s § 6 odst. 1, případně odst. 2 ZZVZ. Zdejší soud vskutku nemá žádnou vážnější pochybnost o tom, že by tento požadavek nebyl racionálním v případě obdobného plnění pro jakéhokoli odběratele, a tedy že by byl uplatněn coby důsledek výhodnější kontraktační pozice odběratele, který je zadavatelem veřejné zakázky.

39. Žalobce také namítá, že zadavatel měl pro dosažení cíle spočívajícího v ekonomicky nejvýhodnějším pořízení infuzní techniky i spotřebního materiálu hodnotit nabídky podle jejich ekonomické výhodnosti podle nejnižších nákladů životního cyklu v souladu s § 114 a násl. ZZVZ, neboť existuje-li způsob stanovení zadávacích podmínek, který omezuje hospodářskou soutěž v menším rozsahu, nejsou zadávací podmínky stanoveny přiměřeně (k tomu žalobce odkazuje na rozhodnutí žalovaného ze dne 28.7.2017, č.j. ÚOHS-S0219/2017/VZ-21920/2017/533/HKu, a ze dne 4.1.2017, č.j. ÚOHS-S0690/2016/VZ-00578/2017/512/AKp). Tu je zdejší soud toho názoru, že žalovaný není od toho, aby posuzoval, zda zadavatel z řešení, jež by přicházela v úvahu, zvolil řešení nejvhodnější, nýbrž zda způsob, jaký zadavatel zvolil, porušuje ZZVZ či nikoli. Žalovaný tu není ani proto, aby vedl úvahy ohledně celkové ekonomické výhodnosti zadavatelem zvoleného řešení (pro zadavatele samotného). Poptávka zadavatele po přístrojích s časově omezenou garancí kompatibility není – při zohlednění relativně velkého počtu výrobců spotřebního materiálu i sjednaných liberačních důvodů – řešením nekorektním, nelogickým ani racionálně neodůvodněným, přitom přispívá k zachování hospodářské soutěže při pořizování spotřebního materiálu po dobu užívání přístrojů (kupř. odlišně od postupu, který žalobce navrhoval v bodu 10. rozkladu, tj. závazek odběru spotřebního materiálu od jediného dodavatele po celou dobu životnosti přístroje), současně nebyla žalovanému ze strany žalobce předložena žádná konkrétní indicie v tom směru, že by takto nastavená podmínka vedla k tomu, že by se o veřejnou zakázku z důvodu přísného nastavení zadávací (smluvní) podmínky neucházeli dodavatelé, kteří jinak by o získání této veřejné zakázky měli zájem. Pokud jde především o samotného žalobce, ten nezpochybňuje, že on sám je schopen plnění při zajištění kompatibility poskytnout, což jeho argumentaci ohledně nepřiměřenosti (případně diskriminačního charakteru) uvedené smluvní podmínky znevěrohodňuje, žádný jiný dodavatel přitom proti uvedené smluvní podmínce nikterak neprotestoval. Obecná argumentace žalobce ohledně znemožnění účasti v zadávacím řízení „řadě dodavatelů“ tedy není nikterak podložena a její správnosti nic nenasvědčuje.
40. Pokud dále žalobce napadá postup a závěry žalovaného v tom ohledu, že žalovaný v napadeném rozhodnutí na straně jedné přijal nepodložená tvrzení zadavatele o existenci infuzních přístrojů na trhu, které zadavatelovu podmínku kompatibility splňují, avšak na straně druhé k tvrzení žalobce ohledně nutnosti provést u spotřebního materiálu testování kompatibility uvedl, že se jedná o tvrzení nepodložená, pak zdejší soud postoj žalobce vnímá spíše jako snahu kverulovat než tvrzení zadavatele, jež žalovaný převzal, reálně zpochybňovat. Zadavatel totiž žalovanému nepodal toliko obecné vyjádření, jež by bez dalšího bylo možno označit jako jasně nepodložené (a nebylo by proto možné z něj v dílčích závěrech vycházet), neboť v něm uvedl i zcela konkrétní přístroje konkrétních výrobců, a žalobce měl v této situaci legitimní prostor pro to, aby uvedl konkrétní protiargument v tom směru, proč podle jeho názoru nejsou tyto konkrétní přístroje konkrétních výrobců kompatibilními, splňujícími uvedenou smluvní podmínku. Nic takového žalobce neučinil. Pokud žalobce hodlal vyjádření zadavatele uvádějící konkrétní přístroje konkrétních výrobců splňující podmínku kompatibility zpochybnit argumentem ohledně nutnosti testovat kompatibilitu spotřebního materiálu s infuzní technikou, resp. nepřiměřené nákladnosti a zdoluhavosti testování, pak tím seznam existujícího kompatibilního plnění nezpochybňuje, nehledě k tomu, že tento svůj argument vůbec nekonkretizuje. Neměl-li tedy žalovaný za této situace pochybnosti o argumentaci zadavatele, neměl důvody tuto argumentaci nepřijmout.
41. Žalobce je dále toho názoru, že žalovaný měl provést relevantní a objektivní ekonomickou úvahu, ze které by vyplývaly jeho závěry o vyšší finanční hodnotě spotřebního materiálu za dvacet let životnosti infuzního zařízení oproti poptávanému infuznímu zařízení (bod 39.

napadeného rozhodnutí). V této souvislosti žalobce odkazuje na bod 43. napadeného rozhodnutí, kde žalovaný uvádí, že nebyl povinen učinit relevantní ekonomickou úvahu. Napadené rozhodnutí je tak dle žalobce vnitřně rozporné. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí. V bodu 39. napadeného rozhodnutí žalovaný zmínil jako podpůrný argument skutečnost, že v případě vzniku závislosti zadavatele na jediném výrobci spotřebního materiálu by s ohledem na předpokládanou délku životnosti zařízení mohly náklady na tento spotřební materiál být vyšší než je hodnota samotného přístroje, naproti tomu v bodu 43. žalovaný konstatoval primát zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v § 6 ZZVZ, a to i nad principy hospodárnosti, účelnosti a efektivnosti, pročež odmítl potřebu učinit ekonomickou úvahu o výhodnosti soutěže dodavatelů spotřebního materiálu a její úspornosti. Význam obou částí napadeného rozhodnutí je zřejmý a podle zdejšího soudu žalobce pouze předstírá, že v něm spatřuje rozpor. Nadto je zdejší soud toho názoru, že žalovaný skutečně nebyl povinen žalobcem zmiňovanou ekonomickou úvahu provést, a to ani k námitkám žalobce. Na tom nic nemění ani skutečnost, že žalovaný v rámci podpůrné argumentace uvedl možnost, že cena spotřebního materiálu by mohla překročit pořizovací cenu infuzního zařízení, neboť i v případě, že by tato úvaha žalovaného byla chybná, nic by to na správnosti závěrů žalovaného nemohlo změnit.

42. K okruhu žalobních argumentů, kterými žalobce namítá nepřiměřenost zadávací (smluvní) podmínky spočívající v požadavku na kompatibilitu poptávané infuzní techniky se spotřebním materiálem minimálně čtyř výrobců na českém trhu po stanovenou dobu, tedy zdejší soud uzavírá, že tyto argumenty důvodnými nejsou. Uvedená zadávací podmínka má jistě legitimní základ – zachování hospodářské soutěže při poptávce spotřebního materiálu, jež na nyní zadávanou veřejnou zakázku navazuje – a s ohledem na počet výrobců na trhu, délku životnosti poptávané infuzní techniky a stanovené liberační důvody ji soud nepovažuje za rozpornou se ZZVZ. Zdejší soud ve všech podstatných ohledech souhlasí se žalovaným.
43. Ve vztahu k obsahu návrhu Kupní smlouvy na dodávky infuzní techniky a Servisní smlouvy žalobce namítá jednak netransparentnost samotné smluvní sankce z toho důvodu, že vznik nároku ze smluvní pokuty není odvozen od samotného poklesu počtu výrobců kompatibilního spotřebního materiálu, nýbrž až od výzvy zadavatele k nápravě, což okamžik vzniku smluvní odpovědnosti spojuje zcela s libovůlí zadavatele, zda tuto výzvu zašle, příp. kdy. Kromě toho žalobce namítá netransparentnost možnosti vyvinít se, neboť již samotné připuštění takové možnosti – podmínka kompatibility by přestala být v určitých případech závazná – je netransparentní a potenciálně diskriminační, neboť zadavatel vytváří prostor pro vlastní libovůli, nadto v situaci, kdy je vyvinění vázáno na vynaložení přiměřeného úsilí, což je pojmem významně subjektivním. Ani tu zdejší soud se žalobcem nesouhlasí.
44. Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávacích podmínek plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZZVZ. Smyslem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Možnost zadavatele po uzavření smlouvy (v rámci jejího plnění) uvážít ohledně využití práv plynoucích mu ze smlouvy pro případ jejího porušení sama o sobě netransparentnost zadávacího řízení nevyvolává; průhlednost, právní korektnost a předvídatelnost zadání veřejné zakázky za předem (pro všechny dodavatele) jasně a srozumitelně stanovených podmínek to bez dalšího nikterak neatakuje. V rozporu se ZZVZ by takový postup zadavatele byl až v situaci, kdy by takto nastavená smluvní podmínka jevila znak nepřiměřenosti (cíli) a znak excesu z pravidel kontrahovaných v případech obdobných plnění, jež by měly dostatečnou intenzitu působit ve vztahu k dodavatelům eliminačně, popř. fakticky znejasňovat, do jakých podmínek (jak ze strany zadavatele po dobu trvání smluvního vztahu vykládaných a používaných) dodavatel vlastně vstupuje. Pak by zásady podle § 6 ZZVZ porušeny být mohly; konkrétně zásada transparentnosti při dovození nejasnosti podmínek smluvního vztahu nebo zásada přiměřenosti či zásada zákazu diskriminace při

dovození závěru, že takový postup vede k reálnému vyloučení dodavatelů ze soutěže o získání veřejné zakázky. Jestliže žalovaný vyšel z obdobného pohledu (souhrnně především v bodech 50., 51. a 59. napadeného rozhodnutí), postupoval podle zdejšího soudu správně.

45. Obě smlouvy (kupní i servisní) obsahují pravidlo, podle něhož „...prodávající je povinen bezplatně zajistit pro kupujícího, aby veškeré dodané a servisované zboží na základě této smlouvy bylo kompatibilní s identickým spotřebním materiálem minimálně od 4 různých výrobců, které budou v dané době na českém trhu nabízeny/obchodovány. V případě, že takto dodané a servisované zboží v průběhu záruční lhůty (v servisní smlouvě v průběhu pozáručního servisu – pozn. soudu) přestane z jakéhokoliv důvodu splňovat takto stanovenou podmínku a nebude existovat žádný objektivní důvod pro uplatnění níže specifikované výjimky z takto stanovené povinnosti, je prodávající povinen zajistit splnění tohoto požadavku nejpozději do 3 měsíců ode dne, kdy bude prodávajícímu doručeno ze strany kupujícího písemné upozornění na neplnění této povinnosti, nedobodnou-li se smluvní strany jinak...“. Jestliže žalovaný toto pravidlo vyhodnotil v tom směru, že takto formulovaná smluvní podmínka je běžná a že z jejího samotného znění či z jejího znění v kontextu zbylého obsahu smluvního instrumentaria neplynou indicie v tom směru, že by se jednalo o podmínku směřující k odrazení dodavatelů od účasti v zadávacím řízení, jde o závěr i podle zdejšího soudu podstatný a nadto i správný. I zdejší soud je toho názoru, že postup zadavatele (nastavení této smluvní podmínky) nezavdává žádný důvod předpokládat nepoctivý úmysl zadavatele ani ve vztahu k vymezení okruhu dodavatelů ucházejících o získání veřejné zakázky, ani ve vztahu k neplnění smluvních ujednání po uzavření smlouvy. Ostatně žalovaný podle zdejšího soudu vcelku rozumně argumentuje v tom směru, že zadavatel má obecnou povinnost jednat hospodárně, a tedy i vymáhat práva, jež mu z uzavřených smluv plynou, s tím, že reálné nevymáhání těchto práv po uzavření smlouvy by bylo samostatně postižitelné (byť nikoli primárně ze strany žalovaného, jak žalovaný dovozuje v bodu 52. napadeného rozhodnutí, neboť ke změně smlouvy by po jejím uzavření nedocházelo). Podstatné je rovněž to, že výchozí pozice dodavatelů byla stejná; všichni dodavatelé disponovali shodnou informací ohledně pravidla zajištění kompatibility a způsobu jeho vymáhání. Pokud všechny tyto aspekty žalovaný zohlednil a pokud uzavřel, že neexistuje ani žádný náznak použití uvedených pravidel ze strany žalovaného pro „užití na míru“ zadávacího řízení ve prospěch určitého dodavatele (určitých dodavatelů), nemůže mu zdejší soud ani ve světle žalobní argumentace cokoli vytýkat.
46. Pokud jde o sjednání liberačních důvodů i užití neurčitých pojmů, pak obě smlouvy obsahují pravidlo, podle něhož „...v případě, že prodávající kupujícímu objektivně prokáže, že nikoli vlastní vinnou nebo vinnou výrobce neměl možnost zajistit ve stanovené době naplnění této podmínky, a to při vynaložení přiměřeného úsilí k dosažení tohoto stavu (např.: z důvodu nedostatečných podmínek na trhu – nedostatečný počet druhů spotřebního materiálu na českém trhu od různých výrobců, který by umožňoval naplnění této podmínky), je nesplnění dané podmínky v tomto případě vyloučeno ze sankčních ujednání...“. Podle zdejšího soudu toto pravidlo umožňuje při splnění předem relativně jasně stanovených podmínek stranám smlouvy přiměřeně reagovat na změny skutkových okolností, které není možné v okamžiku uzavírání smlouvy předvídat do všech podrobností a ošetřit je. Shodně jako žalovaný ani zdejší soud toto pravidlo za nejasné (jež by mohlo vyvolávat netransparentnost zadávání veřejné zakázky) nepovažuje. Užití neurčitého pojmu nejen v rámci liberačních důvodů ve smlouvě na plnění předmětu veřejné zakázky – tu „při vynaložení přiměřeného úsilí“ – není žádným vybočením z obdobně konstruovaných pravidel ve smlouvách, jak žalovaný podle zdejšího soudu správně dovodil. Výklad neurčitých pojmů se v praxi bude jistě často mezi smluvními stranami lišit, nicméně ve vztahu k nim se dodavatel jako smluvní strana – stejně jako jakákoli jiná smluvní strana v rámci jakéhokoliv jiného smluvního vztahu – může obrátit na soud, vznikne-li spor. Lze sice souhlasit s názorem žalobce, že výsledek eventuálního soudního sporu je nejistý, nicméně toto riziko nevybočuje z běžné míry rizika, které musí dodavatel jako podnikatel podstupovat při uzavírání ne-li všech, tak velké většiny smluv souvisejících s jeho činností, neboť užívání neurčitých pojmů ve smlouvách je praktikou zcela běžnou. Právo veřejných zakázek v tomto

směru žádnou smluvní stranu neochrání a ochránit ani nemůže. Ani v tomto směru tedy zdejší soud nedává žalobci zapravdu.

47. Žalobce dále nesouhlasí se žalovaným v tom, že případná závislost na jediném výrobci spotřebního materiálu by vyvolala potřebu zadávat veřejné zakázky na spotřební materiál v jednacím řízení bez uveřejnění. Žalovaný si dle něj zaměnil pojem výrobce a dodavatel, neboť výrobky jednoho výrobce mohou být dodávány více dodavateli, mezi kterými bude hospodářská soutěž probíhat. Tu zdejší soud částečně se žalobcem souhlasí, neboť je jisté možné, aby i v případě, že bude existovat pouze jeden výrobce, bylo jeho zboží nabízeno několika dodavateli, žalovaný však v napadeném rozhodnutí potřebu zadávat veřejné zakázky na spotřební materiál uvedl jako hypotetickou možnost, která by mohla nastat v případě závislosti zadavatele na jediném výrobci. I v případě závislosti zadavatele na jediném výrobci by mohl zadávat veřejné zakázky na spotřební materiál v některém z „otevřených“ druhů zadávacího řízení, nicméně hospodářská soutěž mezi potenciálními dodavateli spotřebního materiálu od jednoho výrobce by již ze své povahy stěží dosáhla takové míry „otevřenosti“ jako hospodářská soutěž mezi více výrobci a jejich dodavateli. Navíc takto podle zdejšího soudu žalovaný argumentoval již jen podpůrně, neboť na tomto argumentu nejsou nosné závěry napadeného rozhodnutí vůbec postaveny.
48. Žalobce dále namítá, že žalovaný nikterak neověřil možnosti zadavatele ověřit počet výrobců spotřebního materiálu kompatibilního s infuzní technikou, když na základě zkušeností se žádostmi o notifikaci u Státního ústavu pro kontrolu léčiv je žalobci známo, že tyto žádosti nejsou průběžně vyřizovány (takže registr není aktuální). Žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí k totožné rozkladové námitce žalobce uvádí, že „... v první řadě tuto skutečnost a vymezení konkrétního postupu zadavatele při zjišťování výše uvedeného pak nepovažují za nezbytnou součást zadávací dokumentace, jejíž absence by zakládala vadu zadávací dokumentace. Nelze pochybovat, že zadavatel jakožto poskytovatel zdravotní péče a důležitý subjekt na straně poptávky, má přehled o stavu trhu se zdravotnickým spotřebním materiálem, který navíc dle vlastních tvrzení navrhovatele není nijak velký. Ohledně této otázky pak zadavatel ve svém vyjádření ze dne 27. 4. 2018 poskytl vysvětlení ve vztahu k případnému zjišťování, že spotřební materiál je zdravotnickým prostředkem, u kterého musí být v souladu s § 31 až 36 zákona č. 268/2017 Sb. podána žádost o notifikaci Státnímu ústavu pro kontrolu léčiv, a to nejpozději do 15 dnů ode dne jeho uvedení na trh nebo dodání na trh v České republice. Rovněž ani případná kontrola dostupnosti např. dotazem na dodavatele se pak navíc nejvíce nijak složitou, zvláště za situace, kdy bude zadavatel opakovaně realizovat zadávací řízení na dodávky tohoto spotřebního materiálu...“. To je argumentace vyčerpávající a podle zdejšího soudu také správná. Registr o zdravotnických prostředcích by jistě měl být významným zdrojem informací o trhu se spotřebním materiálem, nicméně v případě jeho neaktuality nic zadavateli nebrání – a je to ostatně v jeho zájmu – aby provedl vlastní průzkum trhu, například formou dotazu u dodavatelů, jak žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí. Zadavateli přitom postačuje získat relevantní, nikoliv nezbytně veškeré informace o trhu se spotřebním materiálem.
49. Žalobce svoji argumentaci v doplnění žaloby zakončuje vyjádřením k dalším „dílčím rozporným tvrzením“ žalovaného, a to o možnostech zadavatele mít komplexní přehled o všech zdravotních prostředcích, o nemožnosti dospět k závěru o větší hospodárnosti poptávání spotřebního materiálu a infuzního zařízení odděleně, o stabilitě trhu se spotřebním materiálem svědčícím naopak pro nepřiměřenost zadávací podmínky, o nutnosti testovat kompatibilitu více spotřebních materiálů žalobcem najednou z důvodu krátké lhůty pro zjednání nápravy a konečně o nedůvěryhodnosti zadavatele na základě výsledků auditů a šetření u příspěvkových organizací obdobného typu (Nemocnice na Homolce, Fakultní nemocnice Ostrava). Zdejší soud však nic z toho nepovažuje za podstatné pro posouzení věci. Není rozhodné, zda zadavatel disponuje komplexním přehledem o rozsáhlém trhu se zdravotními prostředky, nýbrž to, zda disponuje informacemi o jeho dílčím segmentu se spotřebním materiálem pro infuzní zařízení. K poptávání spotřebního materiálu a infuzního zařízení odděleně je zdejší soud toho názoru, že takový postup

zadavatele nejen že není v rozporu se ZZVZ, nýbrž naopak ZZVZ zadavatele k rozdělování veřejných zakázek – byť nepřímo – motivuje (§ 217 odst. 2 písm. m/ ZZVZ) a nedůvodné sloučení těchto dvou plnění by v konečném důsledku mohlo za určitých okolností vést k omezení hospodářské soutěže „o získání veřejné zakázky“, tedy k porušení ZZVZ. K domnělé stabilitě trhu jako podpůrnému argumentu zdejší soud uvádí, že tato skutečnost nemá v posuzované věci na posouzení přiměřenosti uvedené smluvní podmínky vliv, neboť ve vztahu k přiměřenosti je významný zejména počet výrobců (dodavatelů) spotřebního materiálu v okamžiku zadávání předmětné veřejné zakázky a neexistence žádného indikátoru v tom směru, že by tomu mělo být po dobu účinnosti uzavřené smlouvy jinak. Pokud by žalobce coby profesionál v oboru očekával změnu, pak by jí jistě konkrétně argumentoval. Potřeba, resp. tvrzená nutnost testovat spotřební materiál od více výrobců současně z ničeho neplyne, a i kdyby plynula, nikterak nemůže prolamovat závěr o přiměřenosti uvedené smluvní podmínky, k níž zdejší soud dospěl shora. Konečně výsledky auditů u jiných zadavatelů jsou v nyní posuzované věci irelevantní z důvodů i pro žalobce snad zřejmých.

50. Žalobce v doplnění žaloby navrhl provedení dvou důkazů, a to vyjádření jiného světového renomovaného výrobce infuzní techniky, kterým by měly být zjištěny důvody vedoucí jej k nepodání nabídky v předmětném zadávacím řízení, a znalecké vyjádření České společnosti pro zdravotnickou techniku pro prokázání závažnosti posouzení kompatibility infuzní techniky a spotřebního materiálu z hlediska spolehlivosti a bezpečnosti pro pacienty. Izolované a dodatečné vyjádření výrobce infuzní techniky ohledně důvodů, které jej vedly k nepodání nabídky v zadávacím řízení, nemůže pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele ničeho přinést; bez ohledu na to, že ten nic proti zadávacím podmínkám nenamítal, jsou jakékoli jím uváděné důvody spekulativní, nenasvědčuje-li objektivně nic, jak zdejší soud shora uvedl, nepřiměřenosti či diskriminačnímu charakteru uvedené smluvní podmínky. Obdobně ani vyjádření České společnosti pro zdravotnickou techniku, které by hypoteticky potvrzovalo tvrzení žalobce, že posouzení kompatibility infuzní techniky se spotřebním materiálem je důležité, nemůže na závěrech zdejšího soudu ničeho změnit. Nic by to totiž přímo nevypovídalo o přiměřenosti a zákonnosti postupu zadavatele, jež se podle zdejšího soudu nevymyká racionálně odůvodnitelnému postupu jakéhokoli jiného odběratele při poptávce obdobného plnění. Proto zdejší soud takto nedokazoval.
51. Ze shora uvedených důvodů zdejší soud uzavírá, že ve všech podstatných ohledech na věc nahlíží shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí. Žalovaný podle zdejšího soudu zvolil odpovídající optiku posuzování smluvních ujednání obsažených ve smlouvách na veřejné zakázky, kterou na zjištěný skutkový stav v nyní posuzované věci aplikoval přílehlavě. Napadené rozhodnutí na zdejší soud nepůsobí tak, že by se žalovaný hodlal skutečnému posouzení charakteru smluvního instrumentaria vyhýbat, ať už argumentem o nemožnosti do smluvních vztahů zasahovat anebo pouze formálně vedenými, obecnými a nicneříkajícími floskulami v situaci, kdy se smluvním instrumentariem zabýval. Způsob argumentace vedené žalobcem je podle zdejšího soudu spíše využitím prostoru pro otevření dílčích otázek souvisejících s mírou přezkumu smluvních podmínek ve smlouvách na veřejné zakázky ze strany žalovaného než snahou o reálnou obranu proti postupu zadavatele v konkrétní věci; značná část argumentace žalobce je totiž vedena spíše v rovině principiální (obecné) než v rovině cílené protiargumentace k závěrům žalovaného, jež by byla založena na dostatečně konkrétních žalobních tvrzeních. Nyní posuzovaná věc nenaznačuje, že by žalovaný rezignoval na potřebu posouzení podle žalobce „nového způsobu skryté diskriminace“ nebo že by napadené rozhodnutí mělo být považováno za projev přehlížení „beztrestného umožnění nerovného přístupu k dodavatelům“, jak žalobce namítá. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Zdejší soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných

žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Zdejší soud tedy žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

52. O nákladech řízení účastníků bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému účastníkovi – žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, proto mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána. Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů právo, neboť jí zdejší soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady vznikly, a k náhradě jiných nákladů nebyly shledány žádné důvody (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

Poučení:

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). Případně-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.

Brno 3. ledna 2019

David Raus v.r.
předseda senátu