



UOHSX00EG17V

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0220/2020/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-05968/2021/161/VJu

Brno 18.02.2021

V řízení o rozkladu ze dne 17. 12. 2020 doručeného téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže navrhovatelem –

- **Firstpower a.s.**, IČO 28386191, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupeným dle plné moci ze dne 19. 8. 2020 Mgr. Janou Sedlákovou, advokátkou, ev. č. ČAK 16546, vykonávající advokacii jako společník společnosti SEDLAKOVA LEGAL s.r.o., IČO 05669871, se sídlem Purkyňova 648/125, 612 00 Brno

podanému proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 12. 2020 pod č. j. ÚOHS-38599/2020/500/JBě v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0341/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele -

- **Krajská nemocnice Liberec, a.s.**, IČO 27283933, se sídlem Husova 357/10, 460 01 Liberec

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka a servis náhradního zdroje energie**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 6. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2020 pod ev. č. Z2020-022251 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 127-309967,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-ÚOHS-38599/2020/500/JBě ze dne 1. 12. 2020, vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0341/2020/VZ

ruším

a věc

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup zadavatele a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle ustanovení § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 24. 8. 2020 návrh navrhovatele Firstpower a.s., IČO 28386191, se sídlem Koněvova 2660/141, 130 00 Praha 3, ve správním řízení zastoupeného dle plné moci ze dne 19. 8. 2020 Mgr. Janou Sedlákovou, advokátkou, ev. č. ČAK 16546, vykonávající advokacii jako společník společnosti SEDLAKOVA LEGAL s.r.o., IČO 05669871, se sídlem Purkyňova 648/125, 612 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), z téhož dne, na přezkoumání úkonů zadavatele Krajská nemocnice Liberec, a.s., IČO 27283933, se sídlem Husova 357/10, 460 01 Liberec (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dodávka a servis náhradního zdroje energie“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 6. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 7. 2020 pod ev. č. Z2020-022251 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 127-309967 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-S0341/2020/VZ (dále jako „**správní řízení**“).

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 1. 12. 2020 vydal Úřad ve správním řízení rozhodnutí č. j. ÚOHS-38599/2020/500/JBě (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kde výrokem I rozhodl tak, že podle § 265 písm. a) zákona se návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
4. Úřad v napadeném rozhodnutí shledal, že zadavatel byl oprávněn v zadávací dokumentaci vymezit požadovaný způsob technického řešení startu záložního zdroje napájení s využitím elektromagnetické spojky oproti jiným technickým řešením. Dle Úřadu konkrétní technické

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

řešení není výlučně dodáváno jediným dodavatelem a dále dle provedeného dokazování se jedná o řešení v současnosti technicky nejspolehlivější, přičemž vzhledem ke svému charakteru je zadavatel oprávněn klást vysoké nároky na funkčnost záložního zdroje energie.

5. Úřad zprvu konstatoval, že zadavatel neužil přímého odkazu na konkrétní výrobek. Dále se pak Úřad zabýval tím, zda zadavatel neužil nepřímého odkazu, tedy zda nepopsal požadované plnění takovým, byť obecným, způsobem, že mu může vyhovět výrobek pouze jediného dodavatele. K tomu Úřad internetovým vyhledáváním zjistil, že navrhovatelem uváděný dodavatel KINOLT SA, se sídlem Rue de l'Avenir 61, 4460 Grâce-Hollogne, Belgie (dále jako „**Kinolt**“), jehož výrobky dle navrhovatele jako jediné měly splňovat zadávací dokumentaci, nevyrábí žádný výrobek, jež by přesně splňoval podmínky zadávací dokumentace. Nadto Úřad konstatoval stran požadavku zadavatele na jednoložiskový alternátor, že tyto alternátory vyrábí minimálně jeden další subjekt mimo Kinolt.
6. Úřad pak zkoumal, zda zadavatelův požadavek na dodání centrálního dynamického rotačního záložního zdroje elektrické energie (dále jako „**DRUPS**“) s využitím elektromagnetické spojky není skrytě diskriminační. Zadavatel nutnost využití DRUPS s elektromagnetickou spojkou odůvodnil odkazem na systém záložního startu DRUPS, kdy v případě, že selže primární startovací systém DRUPS, je dieselový motor (jako součást DRUPS) nastartován pomocí elektromagnetické spojky a nikoliv elektrickým startérem (být záložním), což dle zadavatele zvyšuje spolehlivost zařízení, neboť dieselový motor může být nastartován dvěma odlišnými a na sobě nezávislými fyzikálními způsoby. Tím je minimalizováno riziko selhání startu DRUPS. Úřad tedy zkoumal, zda lze řešení DRUPS s využitím elektromagnetické spojky považovat za spolehlivější z pohledu zajištění startu DRUPS. K tomu Úřad získal po dotazování se vícero subjektů odborná vyjádření pouze tři z nich - sdělení Vysokého učení technického v Brně, Fakulty strojního inženýrství, ze dne 7. 10. 2020 (dále jako „**stanovisko VUT**“), sdělení Českého vysokého učení technického v Praze, Fakulty elektrotechnické, Katedry elektrických pohonů a trakce, ze dne 6. 11. 2020 (dále jen „**sdělení ČVUT**“) a stanovisko společnosti TEDOM a.s., IČO 28466021, se sídlem Výčapy 195, 674 01 Výčapy, ze dne 23. 10. 2020 (dále jako „**stanovisko TEDOM**“). Po zhodnocení proběhnuvšího dokazování pak Úřad shledal, že požadavek zadavatele je důvodný. Dle zjištění Úřadu je možno označit technické řešení DRUPS s elektromagnetickou spojkou za řešení spolehlivější než jiná řešení a zadavatel, jakožto zdravotnické zařízení, je oprávněn požadovat DRUPS s co největší mírou spolehlivosti.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 17. 12. 2020 obdržel Úřad blanketní rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 2. 12. 2020. Rozklad byl podán vzákonně lhůtě. Svůj rozklad navrhovatel podáním ze dne 4.1. 2021 doplnil a připojil nový důkaz – odborné vyjádření – Technický komentář k DUPS/DRUPS ze dne 15. 12. 2020 vyhotovený Ing. (dále jako „**komentář Ing.**“).

Námítky rozkladu navrhovatele

8. Navrhovatel zprvu uvádí, že požadavek zadavatele na redundantnost je neoprávněný, neboť ať už bude DRUPS konstruováno jakýmkoliv způsobem, vždy se bude jednat o jediné zařízení s mnoha kritickými součástmi, kdy selhání kterékoliv z nich způsobí selhání DRUPS.

Navrhovatel tedy nevidí důvod, proč by měla zadávací dokumentace obsahovat požadavek na redundantnost záložního systému startu dieselového motoru právě s použitím elektromagnetické spojky. Navrhovatel tedy takový požadavek považuje za diskriminační.

9. Dále navrhovatel uvádí, že dle jeho názoru požadavky zadavatele na technické řešení DRUPS ve svém souhrnu jasně odkazují na výrobek jediného dodavatele – Kinolt. Navrhovatel k tomu uvádí, že řešení běžně nabízená společností Kinolt sice nemusí zcela přesně odpovídat požadavkům zadavatele, dle navrhovatele se však jedná pouze o nepodstatné odchylky a zadavatel se tedy nepřímo odkazuje na výrobek jediného dodavatele – Kinolt.
10. Navrhovatel dále uvádí, že Úřad po něm vyžaduje v odstavci 68 napadeného rozhodnutí prokázat neexistenci určité skutečnosti, v tomto případě to, že neexistují jiní dodavatelé schopní splnit veřejnou zakázku mimo Kinolt. Proti tomuto závěru se navrhovatel ohrazuje a nesouhlasí s požadavkem na prokazování negativních skutečností a naopak uvádí, že je na Úřadu, resp. zadavateli, aby prokázali, že požadované plnění jsou schopni dodat i jiní dodavatelé.
11. Posléze navrhovatel rekapituluje Úřadem provedené dotazování se odborných institucí. Navrhovatel upozorňuje, že valná většina dotázaných subjektů neodpověděla Úřadu s odůvodněním, že nedisponuje dostatečnými zkušenostmi. Na tom navrhovatel ilustruje, že se jedná o veřejnou zakázku s vysoce specializovaným předmětem plnění a zadavatel nemůže argumentovat svými zkušenostmi s provozem poptávaného plnění, když DRUPS nikdy dříve neprovozoval. Dále navrhovatel zpochybňuje odbornost stanoviska TEDOM z důvodů údajně nedostatečné odbornosti dané společnosti, která nedodává systémy DRUPS. Dále se navrhovatel vyjadřuje ke stanoviskům ČVUT a VUT. Ze stanoviska VUT pak navrhovatel zdůrazňuje konstatování, že *„Určitě tedy nelze říci, že poptávané řešení je jediné možné a nejspolehlivější.“* Toto konstatování pak navrhovatel považuje za zásadní. Dále navrhovatel upozorňuje na tendenční položení otázky č. 3, která obsahuje zdůrazněné pojmy „teoreticky“ a „by mohlo být“, což má vytvářet příliš široký prostor pro spekulativní situace. Navrhovatel tedy považuje provedené dokazování za vadné.
12. Navrhovatel pak poukazuje na to, že v návrhu na zahájení řízení žádal provedení šetření na relevantním trhu, zda existují dodavatelé schopní plnit veřejnou zakázku, přičemž tento důkazní návrh měl Úřad oslyšet a naopak, jak je uvedeno výše, tímto požadavkem měl zatížit navrhovatele. Nadto navrhovatel uvádí, že Úřad se v rámci hodnocení zákonnosti postupu zadavatele nepřípustně dopustil hodnocení odborných otázek namísto toho, aby k jejich zodpovězení ustanovil znalce. V reakci na nesprávně vedené dokazování a na neodborné úvahy Úřadu pak zadavatel předložil komentář Ing. _____, který považuje za důkaz, jež má zpochybnit zákonnost napadeného rozhodnutí a nepodléhá tedy koncentraci řízení dle § 82 odst. 4 správního řádu. K tomu navrhovatel cituje z rozhodnutí Krajského soudu v Plzni č. j. 30 A 56/2012-65 a v něm obsažených odkazů na odbornou literaturu.
13. Závěrem svého rozkladu navrhovatel rozebírá komentář Ing. _____ a dále uvádí, že v odstavci 122 napadeného rozhodnutí činí Úřad nesprávný závěr, když z faktu, že určitý výrobce vyrábí jednoložiskové alternátory, dovozuje, že existuje minimálně jeden další subjekt mimo Kinolt, jež dodává DRUPS s jednoložiskovými alternátory. Dle navrhovatele z faktu, že jednotlivé technické požadavky splňuje více výrobců, nelze dovodit závěr, že poptávané zařízení, které splní všechny poptávané parametry, nevyrábí jen jediný výrobce.

Závěr rozkladu navrhovatele

14. Navrhovatel navrhuje předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání, *in eventum* napadené rozhodnutí změnit tak, že se ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

15. Zadavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil na výzvu Úřadu svým podáním podepsaným dne 8. 1. 2021 doručeným Úřadu téhož dne, a to ve lhůtě stanovené mu k tomu Úřadem v usnesení č. j. ÚOHS-00360/2021/532/MOn ze dne 5. 1. 2021.
16. Zadavatel zprvu poukazuje na to, že v jeho možnostech vždy bylo pořízení pouze jediného zařízení DRUPS. Dále zadavatel uvádí, že disponuje zkušenostmi s provozem mnoha dieselových záložních zdrojů elektrické energie, které používá (mimo jiných zařízení) namísto poptávaného DRUPS, a v rámci jejich provozu získal zkušenost, že nejčastějším důvodem selhání dieselového generátoru bývá selhání elektrického startovacího ústrojí. Z toho důvodu přistoupil zadavatel ke stanovení technických parametrů DRUPS tak, aby pokud možno co nejvíce eliminoval problémy se startem dieselového motoru. Z toho důvodu zvolil zadavatel jako řešení záložního startu dieselového motoru start s pomocí elektromagnetické spojky, tedy start nezávislý na elektrickém startéru a jeho funkčnosti. Cílem zadavatele tedy nikdy nebylo pořízení elektromagnetické spojky samo o sobě nebo redundantnost DRUPS jako celku, nýbrž možnost zajistit start dieselového motoru i jiným způsobem, než pomocí elektrického startéru, byť zdvojeného.
17. Zadavatel pak v obecné rovině upozorňuje, s citacemi rozhodovací praxe Úřadu i judikatorních závěrů, že je oprávněn stanovit zadávací podmínky veřejné zakázky s ohledem na své potřeby a tyto mu není oprávněn nikdo diktovat, neboť pouze zadavatel sám zná nejlépe své potřeby.
18. Dále zadavatel přisvědčuje hodnocení Úřadu v tom smyslu, že navrhovatel jen velmi obecně tvrdil, že se zadavatel dopustil nepřímého odkazu na konkrétní výrobek Kinolt, avšak tato tvrzení nijak nekonkretizuje ani neprokazuje. Šetření Úřadu provedená v těchto otázkách a navazující závěry Úřadu pak zadavatel považuje za zcela správné.
19. Zadavatel pak kladně hodnotí stanoviska ČVUT a TEDOM a přitakává Úřadu stran hodnocení stanoviska VUT. Zadavatel uvádí argumenty, které podporují odbornost společnosti TEDOM, a naopak napadá odbornost komentáře Ing. a jeho závěry. K tomu zadavatel dále uvádí, že dle jeho názoru, s citací judikatury, komentář Ing. podléhá koncentraci řízení dle § 82 odst. 4 správního řádu.
20. Dále zadavatel zdůrazňuje, že výrobce DRUPS Hitzinger vyrábí alternátory tzv. na klíč a lze tedy předpokládat, že je schopen dodat DRUPS dle požadavků zadavatele, neboť výroba jednoložiskového alternátoru a jeho umístění do vyráběných DRUPS by měla být možná.
21. Zadavatel nečiní stran rozkladu výslovný procesní návrh. Zadavatel však přitakává napadenému rozhodnutí, a naopak zpochybňuje argumentaci navrhovatele uvedenou v rozkladu, lze se důvodně domnívat, že zadavatel považuje napadené rozhodnutí za zákonné a správné a rozklad považuje naopak za nedůvodný.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl nezákonně. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

Obecně k právním otázkám

25. Souhlasím s Úřadem v tom hodnocení, že zadavatel neužil v zadávací dokumentaci přímého odkazu. Zásadní otázkou tohoto řízení je, **zda zadavatel užil v zadávací dokumentaci odkazu nepřímého, a to vzhledem ke všem zadávacím podmínkám v jejich vzájemné souvislosti.** Pokud by pak Úřad shledal, že zadavatel užil nepřímého odkazu na konkrétní výrobek, je spornou otázkou, zda je toto odůvodněno předmětem veřejné zakázky. V tomto konkrétním případě se jedná o zhodnocení odborné otázky, **zda řešení záložního startu DRUPS se sekundárním (záložním) systémem startu pomocí elektromagnetické spojky (řešení žádané zadavatelem) je řešení spolehlivější, než řešení záložního startu DRUPS se sekundárním (záložním) systémem startu pomocí záložního startéru (řešení navrhovatele).**

K provedenímu dokazování

26. Správní orgány obecně rozhodují na základě zjištěného skutkového stavu, o kterém nepanují důvodné pochybnosti (srov. § 3 správního řádu). Správní orgán skutkový stav zjišťuje z podkladů pro vydání rozhodnutí (srov. § 50 správního řádu), mezi které patří i důkazy. Poté, co si správní orgán opatří dostatek podkladů pro vydání rozhodnutí a zjistí skutkový stav do požadované kvality, je na něm, aby tyto informace řádně zahrnul do odůvodnění správního rozhodnutí (srov. § 68 odst. 3 správního řádu). Takové rozhodnutí je pak přezkoumatelné – srozumitelné a dostatečně odůvodněné. Pokud nemají závěry správního rozhodnutí oporu v podkladech pro vydání rozhodnutí (včetně provedenímu dokazování), jde o rozhodnutí – pro nedostatek důvodů – nepřezkoumatelné (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 10. 2009, č. j. 7 Afs 107/2009-166). Z níže uvedeného (tedy dílčích vad v dokazování) je patrné, že napadené rozhodnutí je v daném případě stíženo právě vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů.

27. Úřad při hodnocení věci vycházel ze tří, resp. dvou, odborných vyjádření, a to stanoviska VUT, stanoviska ČVUT a stanoviska TEDOM. Ke stanovisku VUT Úřad konstatoval, že se jedná o obecné vyjádření, které nereflektuje Úřadem vznesené dotazy a k výzvě Úřadu na doplnění vyjádření pak VUT uvedlo, že pro vypracování kvalitního stanoviska nedisponuje potřebnými zkušenostmi. Z těchto důvodů pak Úřad konstatoval, že ke stanovisku VUT nebude přihlížet.
28. Zde je nutno poukázat, že stanovisko ČVUT je stručné, což nutně nemusí být na závadu, na otázku Úřadu č. 1 odpovídá velmi obecně, na otázku č. 3 však odpovídá pouze jednoslovně, bez jakéhokoliv odůvodnění. Odpověď na otázku č. 2 pak není zcela jasná. Cituji: *„Pokud budeme považovat za redundantnost fakt, že elektromagnetická spojka umožňuje přenášet hnací moment oběma směry a volnoběžná spojka ne, pak elektromagnetická spojka představuje oproti volnoběžce redundantní řešení.“* Z odpovědi není zřejmé, zda se ČVUT skutečně vyjadřuje k možnosti záložního startu motoru za pomoci využití elektromagnetické spojky a energie kinetického modulu, nebo zda odborné stanovisko pouze konstatuje fyzikální nemožnost volnoběžné spojky přenášet hnací moment dvěma směry a jaké z uvedeného rozdílu spojek pramení výhody/nevýhody.
29. Ke stanovisku TEDOM je pak třeba říci, že je uvedeno následujícím konstatováním: *„Dovolují si upozornit, že předmět našich aktivit není úplně ve shodě s tématem, ke kterému jsme byli požádáni se vyjádřit, a z toho důvodu se nepovažujeme za experty v této oblasti. ... Naše stanovisko tedy vychází z našich obecnějších zkušeností a informací, které jsme k žádosti obdrželi.“* Z opatřených stanovisek se však jedná o stanovisko nejobsáhlejší.
30. Jak ke stanovisku ČVUT tak stanovisku TEDOM tedy lze mít podobné a **veskrze obecné** výhrady, jaké Úřad učinil vůči stanovisku VUT. Není tedy zřejmé, z jakého důvodu přihlédl k obsahu stanoviska TEDOM a stanoviska ČVUT a nepřihlédl ke stanovisku VUT. Měl-li Úřad za to, že stanovisko VUT vůbec neodpovídá na jím položené dotazy, měl konkrétně vysvětlit, proč k tomuto stanovisku nepřihlíží. Úřad se tedy měl alespoň krátce vyjádřit k obsahu stanoviska VUT a zdůvodnit, čím se odpovědi VUT mýlí s dotazy Úřadu (jak to kupříkladu učinil ve vyjádření k rozkladu zadavatel), nikoliv konstatovat jeho „obecnost“ a dále se odkázat na vyjádření VUT, dle kterého ke zpracování dotčeného stanoviska nemají dostatek odborníků. Z tohoto důvodu považuji tuto část provedeného dokazování za nepřezkoumatelnou a je na Úřadu, aby se se stanoviskem VUT řádně vyrovnal. Toto vyrovnání se s důkazy však nelze předjímat a poskytovat prvostupňovému orgánu návod, jak vyhodnotit provedené důkazy. Zde uvedené úvahy tedy nesvědčí nic o tom, nakolik je stanovisko VUT relevantní a zároveň nakolik jsou relevantní zbývající stanoviska.
31. Nelze souhlasit s hodnocením Úřadu učiněným v odstavci 122 napadeného rozhodnutí. Samotný fakt, že určitý výrobce vyrábí jednoložiskové alternátory, neznamená, že existuje výrobce, který jednoložiskové alternátory užívá v zařízeních DRUPS. Pokud by chtěl Úřad prokázat mnohost dodavatelů dodávajících DRUPS s jednoložiskovými alternátory, musí identifikovat výrobce schopné takovéto zařízení skutečně dodat, nikoliv pouze existenci výrobce jednoložiskových alternátorů. Zde pak pramení další ze zásadních výtek vůči Úřadu. Tvrdí-li navrhovatel, že technická specifikace DRUPS v zadávací dokumentaci veřejné zakázky odpovídá potenciálně pouze výrobkům jediného výrobce, musí Úřad hodnotit tyto okolnosti ve vzájemné souvislosti. Snaží-li se tedy Úřad (ev. zadavatel) prokázat, že existuje více výrobců, jež jsou schopni dodat požadované plnění, musí být nalezen dodavatel, jenž je schopen dodat DRUPS splňující všechny technické podmínky současně – tedy DRUPS se zde

zejména diskutovanou elektromagnetickou spojkou a jednoložiskovým alternátorem. To samozřejmě neznamena, že je nezbytně nutné najít daný výrobek „v katalogu“ či prokázat absolutně stejné plnění, jako je plnění veřejné zakázky v čase, kdy tato má být plněna. Je totiž možné, že výrobci DRUPS sice v současnosti ještě nebo už nevyrábí výrobek, který by exaktně splňoval požadavky zadavatele, je však možné, že jsou schopni takový výrobek bez větších obtíží dodat v termínech zadavatele. Je však na Úřadu, aby se těmito otázkami zabýval. Ačkoliv jeví správní řízení vedené před Úřadem na návrh ve smyslu zákona znaky sporného řízení ve smyslu § 141 správního řádu, Úřad je stále povinen rozhodovat na základě zjištěného skutkového stavu, o němž nepanují důvodné pochybnosti.

32. Částečně lze přisvědčit navrhovateli, že Úřad oslyšel jeho důkazní návrh na provedení šetření na relevantním trhu dotazem na potenciální dodavatele plnění veřejné zakázky, jak je uvedeno v článku 5.4 návrhu na zahájení řízení v posledním odstavci citovaného článku. Je však nutno konstatovat, že namísto tohoto dokazování Úřad k poskytnutí stanoviska vyzval odborné instituce, jak je uvedeno v odstavci 6 tohoto rozhodnutí. Přesto se měl Úřad k důkaznímu návrhu navrhovatele vyjádřit a uvést, z jakého důvodu k prokázání rozhodných skutečností zvolil jiný postup, než provedení důkazů navrhovaných navrhovatelem.
33. Vzhledem ke všem zde uváděným nedostatkům dokazování Úřadu a s odkazem na zásadu materiální pravdy dle § 3 správního řádu považuji technický komentář Ing. [] za důkaz nepodléhající koncentraci řízení dle § 82 odst. 4 správního řádu. Dodatečně předložený důkaz totiž reaguje na nedostatečně provedené a vyhodnocené dokazování Úřadem. Tímto právním závěrem je Úřad vázán pro účely dalšího řízení. Neboť je věc vrácena z důvodů vadného dokazování Úřadem, nebude komentář Ing. [] prováděn jako důkaz v řízení o rozkladu a bude na Úřadu, aby se s tímto důkazem procesně správně vyrovnal. Zejména se Úřad bude muset vyrovnat s informací o uspořádání jednotlivých DRUPS a vlivu tohoto faktu na požadavky na použitelný alternátor.
34. Nad shora uvedené vady v dokazování lze rovněž poukázat na to, že Úřad své závěry neformuloval přesvědčivým a jasným způsobem (pro demonstraci lze odkázat například na bod 102 odůvodnění napadeného rozhodnutí: „*Ze stanovisek ČVUT a společnosti TEDOM rovněž nevyplývá, že by některý z těchto subjektů zásadním způsobem zpochybnil úvahy zadavatele o výhodách použití elektromagnetické spojky před spojkou mechanickou volnoběžnou.*“). Napadené rozhodnutí jako celek neobsahuje dostatečně silnou argumentaci, aby bylo možné závěry obsažené v komentáři Ing. [] považovat za nesprávné, nepřiléhavé nebo například zavádějící. Tento komentář tak ve výsledku vytváří důvodné pochybnosti o tom, že napadené rozhodnutí je založeno na řádně zjištěném skutkovém stavu, a správní řízení se nyní nachází ve stavu, kdy nelze s jistotou potvrdit ani jeden z předestřených právních názorů ohledně toho, zda dílčí požadavky zadavatele kladené na předmět plnění jsou oprávněné, nebo nikoliv.
35. Dílčím závěrem této části odůvodnění činím konstatování, že v této věci bude nutno opětovně vyhodnotit provedené dokazování a vhodně jej doplnit. Řešení této věci zcela zřejmě spočívá v otázkách čistě technických, týkajících se tvrzení zadavatele rekapitulovaných v bodě 21 napadeného rozhodnutí. Jestliže nelze potvrdit pravdivost tohoto tvrzení na základě obdržených odborných stanovisek, či pořízením stanovisek dalších, bude Úřad muset zadat zpracování **znaleckého posudku**, aby si mohl řádným způsobem

posoudit tuto odbornou otázku. Pokud k tomuto kroku Úřad přistoupí, měl by **znalci položit otázky v intencích tvrzení zadavatele dle odstavce 21 napadeného rozhodnutí.**

K dalším úvahám Úřadu a rozkladovým námitkám

36. Na tomto místě se z důvodu zachování zásady procesní ekonomie a hospodárnosti řízení vyjádřím k některým dalším úvahám Úřadu a argumentům navrhovatele či zadavatele uvedeným v rámci řízení o rozkladu.
37. V obecné rovině konstatuji, že Úřad vycházel v právně teoretické rovině ze správných obecných právních východisek, která obecně popisuje v napadeném rozhodnutí. Vzhledem k nedostatečnému dokazování však nelze hodnotit aplikaci práva Úřadem jako takovou, neboť v návaznosti na nově zjištěné skutečnosti může Úřad pracovat se zcela jinými ustanoveními právních předpisů či rozhodovací praxí Úřadu a soudů a učinit zcela jiné závěry, než jaké jsou uvedeny v napadeném rozhodnutí.
38. Jak je uvedeno výše, otázka nepřímého odkazu zůstává otevřena a bude předmětem dalšího posuzování Úřadem. Je pak také možno souhlasit s Úřadem v té rovině, že vzhledem k charakteru činnosti zadavatele je tento oprávněn vyžadovat dodání plnění nejvyšší možné kvality v rámci veřejné zakázky i za tu cenu, že tím bude omezena hospodářská soutěž. To nemění nic na správném závěru Úřadu, že pro dané omezení musí být dán racionální a prokazatelný důvod, jak je uvedeno v odstavci 81 napadeného rozhodnutí.
39. Nemohu přisvědčit úvahám zadavatele zpochybňujícím odbornost zpracovatele komentáře Ing. ani úvahám navrhovatele zpochybňujícím odbornost společnosti TEDOM. Relevanci argumentů zadavatele, resp. navrhovatele, *ad personam* tedy odmítám. V této věci jsou hodnoceny otázky čistě empirické – tedy spolehlivost daného zařízení, fyzikální principy jeho funkce, atd. Tyto otázky jsou exaktně měřitelné a je tedy irelevantní, jaká osoba se k nim vyjadřuje, je-li schopna své závěry vysvětlit, zdůvodnit a případně podložit daty. O odlišnou situaci by se jednalo v momentě, kdy by předmětem zkoumání Úřadu byla např. obchodní zvyklost či profesní standart, neboť se jedná o skutečnosti, jež jsou zpravidla známy jen osobám skutečně znalým daného prostředí – lze je nabýt pouze zkušeností a nemusí se jednat o exaktní veličiny.
40. Dále konstatuji, že neobstojí argumenty navrhovatele stran redundantnosti zařízení jako celku. Je pravdou, že zadavatel argumentoval nutností odstranění společné příčiny poruchy startu DRUPS a tedy odstranění tzv. single point of failure (dále „SPOF“) s pomocí elektromagnetické spojky. Účel, který tímto zadavatel sleduje, pak zadavatel vyjádřil dne 14. 8. 2020 v Rozhodnutí o námitkách navrhovatele, a to na straně 6 v druhém odstavci strany, kde konstatuje, mimo jiné, že: *„Zadavatel se tak svými technickými požadavky snaží minimalizovat veškerá rizika, která by mohla v provozu negativně ovlivnit stabilní kontinuální napájení v předepsaných parametrech napětí a frekvence.“* Požadavek zadavatele na eliminaci SPOF v systému startu tak směřuje ke zvýšení spolehlivosti zařízení. Zadavatel se pak domnívá, že eliminace SPOF a zvýšení spolehlivosti zařízení bude dosaženo tím, že systém záložního startu dieselového motoru bude probíhat pomocí elektromagnetické spojky, nikoliv pomocí záložního startéru. Předmětnou otázkou tedy je, zda je řešení s elektromagnetickou spojkou spolehlivější, než řešení se záložním startérem. Otázky, zda elektromagnetická spojka dokonale odstraňuje SPOF, či nikoliv, anebo zda není možné selhání DRUPS i z jiných příčin, nejsou pro posouzení daného případu rozhodné.

41. Navrhovatel sice správně tvrdí, že skutečné redundance záložního zdroje elektrické energie lze dosáhnout pouze zdvojením celého zařízení DRUPS, to ale neznamená, že v rámci jednoho daného zařízení zadavatel nesmí usilovat o redundantnost konkrétních součástí, u nichž lze předpokládat selhání, a tím zvyšovat nároky na spolehlivost dodaného výrobku. To ostatně zadavatel sám opakovaně uvádí. Jistě je pravdou, že „ideálem“ redundantnosti poptávaného plnění by bylo celé plnění – zařízení DRUPS – zdvojit, stejně tak lze však připustit, aby v těchto konkrétních okolnostech zadavatel kladl vysoké nároky na redundantnost součástí DRUPS tak, aby získal plnění co nejspolehlivější. Nelze po zadavateli požadovat, aby buďto požadoval celé plnění dvakrát, nebo aby zcela rezignoval na zvýšení spolehlivosti DRUPS upuštěním od požadavků na redundantnost určitých jeho součástí. To přirozeně platí za předpokladu, že redundantnost určité součásti DRUPS je schopna zvýšit jeho spolehlivost (v tomto případě ještě oproti jiným redundantním řešením).
42. Dále konstatuji, že Úřad v odstavci 68 napadeného rozhodnutí nepožadoval po navrhovateli prokázání negativní skutečnosti. Úřad pouze upozornil na navrhovatelovo kusé zdůvodnění důvodů, pro které se domnívá, že dané plnění je schopen dodat pouze Kinolt. Neboť pak Úřad neshledal konkrétní důvody tvrzené navrhovatelem, provedl obecné šetření, zda výrobky Kinolt odpovídají přesně zadání veřejné zakázky a zjistil, že nikoliv. Úřad tedy po navrhovateli v napadeném odstavci nežádal, aby navrhovatel prokázal neexistenci subjektů schopných dodat požadované plnění mimo Kinolt. Úřad pouze vyslovil názor, že navrhovatel měl blíže osvětlit důvody, pro které se domnívá, že požadavky zadavatele odpovídají pouze výrobkům Kinolt, a to nad rámec vyjmenování požadavků samých. Úřad tedy v napadeném odstavci napadeného rozhodnutí pouze konstatoval, že jelikož mu navrhovatel neposkytl bližší úvahy, jež by měl Úřad prošetřit, vyšel Úřad z úvah vlastních a na nich založil své šetření, které v dotčeném odstavci také popsal.
43. Rovněž je třeba uvést, že v rámci správního řízení bylo řešeno více požadavků, kterými zadavatel vymezil předmět plnění. Nicméně k posouzení otázky těchto dalších požadavků se navrhovatel v rozkladu již konkrétně (tedy nad rámec obecnější argumentace, že zadavatel použil nepřímý odkaz na konkrétní výrobek) nevyjadřuje. Do řízení o rozkladu tedy posouzení těchto dalších podmínek navrhovatelem vneseno nebylo, pročež jsem se k nim ani v rámci tohoto rozhodnutí o rozkladu nevyjádřil.

VI. Postup Úřadu v dalším řízení

44. V dalším řízení Úřad řádně vypořádá provedené dokazování. Úřad se konkrétně vyjádří k pořízeným odborným stanoviskům a přezkoumatelným způsobem uvede, která stanoviska a jejich závěry považuje za příléhavé této věci a proč.
45. Dále Úřad u všech důkazních návrhů předložených účastníky řízení uvede, které důkazy provede ev. opatří, které nikoliv a z jakého důvodu. K hodnocení odborných otázek rekapitulovaných v odstavci 21 napadeného rozhodnutí Úřad případně opatří znalecký posudek. K tomuto kroku Úřad nemusí přistoupit v případě, že stávající (po novém posouzení) nebo nově pořízená odborná vyjádření uspokojivě (tedy podloženě a srozumitelně) zodpoví na položenou otázku vztahující se k tvrzení zadavatele, jež je shrnuto v bodě 21 napadeného rozhodnutí.

46. Úřad na základě takto zjištěného skutkového stavu, o kterém nebudou důvodné pochybnosti, rozhodne o věci při aplikaci příslušných právních norem a své závěry řádně zanese do nového rozhodnutí ve věci. Není vyloučeno, že pokud Úřad dospěje k závěru, že zadavatel použil nepřímý odkaz na konkrétního dodavatele, bude muset posoudit i další podmínky vymezující předmět plnění touto novou optikou.

VII. Závěr

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad ve chvíli, kdy rozhodl napadeným rozhodnutím, nepostupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání Úřadem, protože jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Jana Sedláková, advokátka, SEDLAKOVA LEGAL s.r.o., Purkyňova 648/125, 612 00 Brno
2. Krajská nemocnice Liberec, a.s., Husova 357/10, 460 01 Liberec

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy