



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, PhD. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobkyně:

- a) **Zdravotní pojišťovna ministerstva vnitra České republiky**, IČO 47114304
sídlem Vinohradská 2577/178, 130 00 Praha 3
zastoupená advokátem JUDr. Janem Nemanským
sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
- b) **Zaměstnanecká pojišťovna Škoda**, IČO 46354182
sídlem Husova 302/5, 293 01 Mladá Boleslav
zastoupená advokátem JUDr. Janem Nemanským
sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
- c) **Česká průmyslová zdravotní pojišťovna**, IČO 47672234
sídlem Jeremenkova 161/11, 703 00 Ostrava – Vítkovice
zastoupená advokátem JUDr. Janem Nemanským
sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
- d) **Všeobecná zdravotní pojišťovna**, IČO 41197518
sídlem Orlická 4/2020, 130 00 Praha 3
- e) **Oborová zdravotní pojišťovna zaměstnanců bank, pojišťoven a stavebnictví**, IČO 47114321
sídlem Roškotova 1225/1, 140 00 Praha 4
zastoupená advokátem JUDr. Janem Nemanským
sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
- f) **RBP, zdravotní pojišťovna**, IČO 47673036

sídlem Michálkovická 967/108, 710 00 Ostrava
zastoupená advokátem JUDr. Janem Nemanským
sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1

g) **Vojenská zdravotní pojišťovna**, IČO 47114975
sídlem Drahobejlova 1404/4, 190 03 Praha 9
zastoupená advokátem JUDr. Janem Nemanským
sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1

proti

žalovanému:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobách proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 19. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R0007,0008,0009,0010,0011,0012,0013/2019/VZ-07853/2019/321/ZSř

takto:

- I. Žaloby **se zamítají**.
- II. Žalobkyně **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalovaný rozhodnutím ze dne 27. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0438/2018/VZ-38408/2018/541/SKu (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“) žalobkyně shledal vinnými ze spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), jichž se měly dopustit tím, že stanovily zadávací podmínky na veřejnou zakázku s názvem „Zajištění komplexní dodávky a distribuce léčivých přípravků obsahujících očkovací látky pro pravidelná očkování v letech 2018 až 2021“ v rozporu s § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ ve spojení s § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ, když postupovaly v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Za tyto přestupky žalovaný uložil žalobkyním pokuty 600 000 Kč, 300 000 Kč, 210 000 Kč, 150 000 Kč, 180 000 Kč, 250 000 Kč, 1000 000 Kč, a dále povinnost k náhradě nákladů řízení ve výši 1 000 Kč pro každou ze žalobkyň. Proti prvostupňovému rozhodnutí brojily žalobkyně rozklady, které předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 19. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R0007,0009,0010,0011,0012,0013/2019/VZ-07853/2019/321/ZSř (dále jen „napadené rozhodnutí“), dle § 152 odst. 6 písm. b) a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítl, přičemž prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Stanoviska účastníků řízení

2. Žalobkyně se domáhají zrušení správních rozhodnutí obou stupňů a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Žalobkyně shodně [žalobkyně a), b), c), e), f) a g) uplatňují totožnou argumentaci, žalobkyně d) sice uplatňuje vlastní argumentaci, ta se však s námitkami ostatních žalobkyň překrývá] poukazují na to, že sporný požadavek vychází z jejich oprávněných potřeb. Měli významný zájem na tom, aby zakázka byla plněna dodavatelem, který je k tomu dostatečně způsobilý a je schopen zajistit bezproblémový průběh distribuce. V případě dodávek do ordinací poskytovatelů zdravotně-lékařských služeb (dále jen „PZS“) a do lékáren a nemocnic jedná o

zcela odlišná plnění. Dodavatelé se zpravidla specializují pouze na jeden z těchto druhů distribucí. PZS a lékárny a nemocnice vykazují řadu odlišností týkajících se pracovní doby, umístění, připravenosti na závoz, obchodních modelů, administrativních procesů, komunikace s pracovníky. Proto je pro ně nutno aplikovat odlišné strategie distribuce. Distribuci do lékáren a nemocnic lze charakterizovat slovem pravidelnost, distribuci do PZS slovem nahodilost. Lze použít přírůstek k oblasti přepravy osob a rozdílu mezi provozováním linky MHD a taxislužby. Doručení očkovací látky je limitováno též dobou, po kterou ji lze zajistit ve voze skladovací podmínky. Distributoři provádějící distribuci do lékáren zpravidla disponují pasivním chladícím systémem, který není pro distribuci do PZS vhodný. Vytvoření podmínek pro efektivní a bezproblémový chod distribuce léčivých přípravků do PZS je záležitostí časově náročnou, pohybující se v řádu měsíců. Nelze po žalobkyních spravedlivě žádat, aby soutěžily kontrakt, jehož účinnost bude odložena o 1 rok. Připuštěním zkušeností s dodávkami léčivých přípravků do lékáren by nedošlo k navýšení počtu subjektů, které jsou schopny fakticky zvládnout distribuci léčivých přípravků do PZS. Nevedlo by to k zvýšení počtu relevantních nabídek. Daný požadavek není zjevně nepřiměřený. Existuje naléhavý veřejný zájem na tom, aby byly eliminovány výpadky v distribuci. K problémům s distribucí očkovacích látek ze strany nezkušeného distributora již v minulosti došlo. Tam, kde to bylo objektivně možné, se žalobkyně snažily nastavit limity předmětného kvalifikačního kritéria maximálně volně, aby zajistili nejširší možnou hospodářskou soutěž. K prokázání kvalifikace stačila i relativně „malá“ zkušenost v relevantním segmentu distribuce léčivých přípravků.

3. Žalobkyně namítají, že žalovaný neprokázal spáchání skutku, nezjistil dostatečně skutkový stav. Tvrdí-li, že došlo, resp. mohlo dojít k omezení hospodářské soutěže, pak to musí prokázat. Jde-li pouze o porušení obecné zásady vyjádřené v § 6 ZZVZ, měl by žalovaný trestat jenom jednoznačná, flagrantní porušení, která bude schopen prokázat. Žalovaný neprovedl žádné dokazování a jediným relevantním podkladem jsou zadávací podmínky a vyjádření žalobkyň. Nevypořádal se s důkazem označeným žalobkyněmi a neopatrnil si stanovisko/vyjádření Ministerstva zdravotnictví. Jediným skutkovým zjištěním je znění sporné zadávací podmínky. V dalším žalovaný vychází výhradně ze svého názoru. Nepřípustně přitom hodnotil odborné otázky. Jedná se o zásadní procesní pochybení. Žalovaný vypořádává argumenty jednotlivě, čímž dochází k rozmělnění jejich synergického efektu. Nedostatečně zohledňuje specifický charakter zakázky. Nejde ani tak o specifickou sílu plnění, jako o specifickou logistiku. Je přiměřené a důvodné, aby dodavatelé prokázali zkušenost s logistickou činností ve srovnatelných podmínkách. S ohledem na význam zakázky nemohli zadavatelé podstoupit riziko, že dodavatel přecení své síly. Pokouší-li se navodit dojem, že daný požadavek nemohl splnit nikdo jiný, jde pouze o jeho názor. Úvahy žalovaného ohledně poptávek ordinací PZS po jiných léčivých přípravcích jsou laickou domněnkou. Je zřejmé, že si žalovaný předem učinil názor na věc, ze kterého neměl v úmyslu ustoupit. Napadené rozhodnutí je dále nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť žalovaný se nevypořádal s tvrzeními žalobkyň a s materiálním znakem přestupku.
4. Žalobkyně dále namítají, že výše pokuty neodpovídá závažnosti jednání a žádají, aby soud alternativně přistoupil k upuštění od uložené pokuty nebo jejímu snížení. I kdyby šlo o porušení ZZVZ, šlo by o nuanci ve výkladu obecné zásady zákazu diskriminace, ne o flagrantní porušení zákona. Tvrzení o zohlednění výsledku hospodaření je nepřezkoumatelné. Soud by měl zrušit i výrok o náhradě nákladů řízení, neboť je závislý na výroci o vině.
5. Žalobkyně d) nad rámec argumentace ostatních žalobkyň zdůrazňuje význam zakázky s ohledem na ústavně chráněný veřejný zájem na ochraně zdraví pojištěnců, vyhlášku Ministerstva zdravotnictví č. 537/2006 Sb., o očkování proti infekčním nemocem (dále jen „vyhláška č. 537/2006 Sb.“), a zejména v ní stanovené striktní termíny očkování. Také poukazuje na to, že až 27. 12. 2016 vydal žalovaný stanovisko, podle něhož předmětné plnění podléhá ZZVZ.

6. Žalovaný ve svých vyjádřeních uvádí, že žaloby jsou ve vztahu k výrokům týkajícím se ostatních žalobkyň nepřipustné. V průběhu správního řízení nevyplývalo, že by si žalobkyně prováděly například průzkum trhu, aby se ujistily, že stanovené podmínky skutečně umožňují účast širšího okruhu dodavatelů. Postup, v jehož rámci by za způsobilé mohli být považováni jen předcházející dodavatelé předmětných služeb, je obecně nežádoucí a vede k faktickému uzavírání trhu. Některá uváděná specifika fakticky nesplní jiný než stávající dodavatel, tím méně pak zahraniční dodavatel. Přiměřenost zadávací podmínky rozsahu a složitosti zakázky nelze limitovat na zkušenost s totožným plněním. Právní posouzení představuje podstatnou část odůvodnění, což není nezákonné. Úkolem žalovaného nebylo prokazování konkrétních skutečností ve vztahu ke konkrétnímu dopadu referenční podmínky na výběr dodavatele, a proto je odůvodnění dostatečné. Stanovisko Ministerstva zdravotnictví nebylo potřebné. Tvrdí-li žalobkyně, že ke stanovení referenční podmínky přistoupily z důvodu, že v minulosti došlo k vadným dodávkám, pak lze předpokládat, že disponují důkazy na podporu svých tvrzení, neboť by z nich měly vycházet před zahájením zadávacího řízení. Tvrzený synergický efekt argumentů žalobkyň nevyšvětlily. Specifika nebyla rozporována, neodůvodňovala však stanovení referenční podmínky. Specifický charakter logistiky dodávek do ordinací PZS žalovaný připustil, načež neshledal odlišnosti, které by odůvodňovaly omezení referenční podmínky. Okruh dalších dodavatelů byl značně limitován, nebylo však nezbytné zjišťovat, kolik dodavatelů by mohlo podmínku splnit. Žalobkyně neuvedly, které námitky nebyly vypořádány. Nemí úkolem žalovaného reagovat na každé dílčí tvrzení. Žalobkyně naplnily formální znaky přestupku a společenská škodlivost vyplývá přímo ze zákona. Žalovaný nebyl povinen odůvodňovat naplnění materiální stránky přestupku. Na pokutu nelze nahlížet jako na zjevně nepřiměřenou. Žalovaný dále odkazuje na napadené rozhodnutí a navrhuje, aby soud žaloby zamítl.
7. V rámci ústního jednání účastníci řízení setrvali na svých stanoviscích. Zástupce žalobkyň a), b), c), e), f) a g) nad rámec toho poukázal na obtíže, které může napadené rozhodnutí způsobit do budoucna a selektivnost přístupu žalovaného s ohledem na jeho rozhodnutí č. j. S0433/2018/VZ.

III. Posouzení věci krajským soudem

8. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.).
9. Soud předně podotýká, že nemohl přistoupit k částečnému odmítnutí žalob z důvodu, že se napadené rozhodnutí týká v určitých částech ostatních žalobkyň, jak požadoval žalovaný. Žalobkyně nemohly své žaloby omezit na část napadeného rozhodnutí, neboť to obsahuje jediný nedělitelný výrok o zamítnutí odvolání všech žalobkyň a potvrzení prvostupňového rozhodnutí. Žaloby všech žalobkyň jsou proto přípustné v celém rozsahu. Žalobkyně sice mimo jiné požadují také zrušení prvostupňového rozhodnutí, u něhož již lze rozlišit výroky týkající se jednotlivých žalobkyň, nicméně zrušení tohoto rozhodnutí na základě § 78 odst. 3 s. ř. s. je na úvaze krajského soudu. Ani v případě důvodnosti žalob se nejedná o nárokové části petitů žalob, a proto nelze v této části hovořit o jejich nepřipustnosti. V případě, že soud nevyhoví požadavku na zrušení prvostupňového rozhodnutí, nerozhoduje o tom samostatným výrokem, tj. ani zamítavým, ani odmítavým.
10. Žalobkyně v první řadě namítají, že žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav, respektive se nedostatečně zabýval námitkami žalobkyň, a proto je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. Těmto námitkám soud nepřisvědčil.

11. Co se týče zjištěného skutkového stavu, má soud za to, že žalovaný zjistil skutkový stav v úplnosti a jím zjištěný skutkový stav podporuje závěry, které na základě svého hodnocení učinil. Požadavek na zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti, rozhodně neznamená, že by žalovaný musel provést veškeré důkazy, které účastníci řízení navrhnou. Účastník řízení musí vždy uvést konkrétní skutkové tvrzení, které má jím navržený důkaz prokázat. Žalovaný i bez provedení dokazování může vyhodnotit, že tvrzená skutečnost není sporná, není pro posuzovanou věc rozhodná, byla již jinými důkazy prokázána či vyvrácena, nebo že navržený důkaz vůbec není způsobilý ji prokázat. Na základě takového posouzení pak může odmítnout provedení důkazu. Takto žalovaný také vyhodnotil návrh žalobkyň na provedení důkazu vyjádřením, respektive stanoviskem Ministerstva zdravotnictví (a krajský soud se s jeho hodnocením potřeby provedení tohoto důkazu ztotožňuje, viz dále).
12. Zároveň soud dává za pravdu žalovanému, že jádrem sporu je otázka primárně právní (posouzení diskriminačního charakteru zadávací podmínky), neboť skutkový děj (zahrnutí jednoznačné podmínky do zadávací dokumentace a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku) je fakticky nesporný. Právní posouzení věci je sice závislé na posouzení tvrzené faktické výjimečnosti dílčího typu činnosti (distribuce léčivých přípravků do ordinací PZS), nicméně podle názoru soudu je toto posouzení způsobilý provést jak žalovaný, tak soud bez potřeby vyžádání odborného stanoviska či znaleckého posudku. Ostatně toliko interpretaci právní normy lze teoreticky provádět v ryze abstraktní rovině. Aplikace právní normy vždy nutně vyžaduje posouzení skutkového stavu, tedy konkrétních skutkových okolností. Na každou oblast reálného světa, a tudíž také na každý skutkový aspekt, by přitom bylo možné nalézt odborníka. To ovšem nutně neznamená, že by bylo posouzení skutkových aspektů vždy natolik odborné, že by vyžadovalo vyjádření takového odborníka (viz též usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2015, čj. 7 As 69/2014-50). Není tedy podstatné, že soud označuje nastíněnou otázku jako „právní“, kdežto žalobkyně jako „odbornou“, podstatné je, že žalovaný i soud jsou zcela jistě způsobilí k tomu pochopit rozdíly, které žalobkyně prezentují, a vyhodnotit, zda tyto rozdíly ospravedlňují zakotvení sporného kvalifikačního kritéria do zadávací dokumentace. Samy žalobkyně přitom popisují výjimečnost distribuce léčivých přípravků do ordinací PZS pomocí zcela jednoznačných charakteristik, které je schopen pochopit a analyzovat prakticky kdokoliv bez odborného vzdělání.
13. Pokud jde o skutečnost, zda došlo či mohlo dojít k omezení hospodářské soutěže, ta podle názoru soudu prokazována být nemusí. Přestupek dle § 268 odst. 1 písm. b) ZZVZ [na rozdíl od přestupku dle písmene a)] nevyžaduje, aby byla dána alespoň potencialita ovlivnění výběru dodavatele. Možnost omezení hospodářské soutěže tedy není formálním znakem přestupku. Z hlediska závažnosti porušení § 73 odst. 6 písm. b) a § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ sice hrají dopady do hospodářské soutěže roli, nicméně není potřeba v řízení před žalovaným prokazovat zcela konkrétní důsledky jednání zadavatele (tj. účinek přestupkového jednání např. v podobě omezení konkrétního dodavatele v možnosti podat nabídku). Jelikož navíc není podstatné, jaký dopad dané jednání skutečně mělo, nýbrž jaký dopad mít mohlo, musí se nutně žalovaný pohybovat alespoň částečně v rovině hypotetických úvah. Takové úvahy musejí být z povahy věci spíše rámcové. Rámcový závěr o omezení hospodářské soutěže přitom potvrzují samy žalobkyně, když v žalobách zcela explicitně uvádějí, že zmírnění sporného požadavku by vedlo k rozšíření okruhu dodavatelů [viz např. bod 53 žalob žalobkyň a), b), c), e), f) a g)]. To, že by podle žalobkyň šlo o rozšíření nevhodné (o dodavatele, u nichž by byly pochybnosti o jejich schopnosti plnit předmět zakázky), je otázkou jinou. Tuto otázku je potřeba posuzovat v rámci hodnocení splnění podmínek § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ. Jinými slovy, to, že daný požadavek omezuje hospodářskou soutěž, prakticky nebylo vůbec sporné, neboť to tvrdily i samy žalobkyně. Ostatně tvrdily mimo jiné také to, že existují dva okruhy dodavatelů specializujících se na dodávky léčivých přípravků do ordinací PZS a do jiných zařízení. Z povahy věci pak podmínka omezující účast pouze na jednu z těchto skupin omezuje možnost dodavatelů

spadajících do druhé skupiny (která je i dle tvrzení žalobkyň nenulová) ucházet se o veřejnou zakázku. Jinými slovy dochází k omezení hospodářské soutěže. Za této situace nebylo potřeba, aby k této otázce prováděl žalovaný jakékoliv nadbytečné dokazování. Kromě toho je tato skutečnost patrná z námitek jednoho z dodavatelů, který se chtěl o zakázku ucházet, avšak danou kvalifikační podmínku považoval za diskriminační. Jádrem sporu tedy zjevně nebylo to, zda může danou podmínkou dojít k omezení hospodářské soutěže (tato skutečnost byla zjevná i z tvrzení žalobkyň), nýbrž to, zda toto omezení hospodářské soutěže odůvodněno specifickými potřebami žalobkyň.

14. Při posuzování námitek směřujících proti dostatečnosti zjištěného skutkového stavu sice soud shledal určitá pochybení žalovaného, nicméně ta nemohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. V první řadě žalovaný pochybil, jestliže vycházel z listin obsažených ve správním spise, aniž by jimi prováděl dokazování. Zákonným způsobem zjištění obsahu listinného důkazu je dokazování, které může proběhnout buď v rámci ústního jednání, nebo jako úkon provedený mimo ústní jednání, ovšem jako takový má být zaprotokolován a účastníkům řízení má být dána možnost se tohoto úkonu účastnit (viz § 51 odst. 2 a 53 odst. 6 správního řádu, dále např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2017, č. j. 7 As 69/2016-64; všechna zde citovaná rozhodnutí jsou dostupná na www.nssoud.cz). Toto pochybení však nemělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť žalovaný umožnil žalobkyním seznámit se s listinami, z nichž vycházel, a žalobkyně byly zjevně s obsahem těchto listin seznámeny.
15. Druhé pochybení pak spočívá ve zjištění obsahu webových stránek (<https://zpravy.aktualne.cz/domaci/cesko-je-na-prahu-epidemie-ale-vakcinymaji-zpozdeni/r~i:article:653602/?redirected=1537448434> a https://zpravy.idnes.cz/zachranka-zastavila-ockovani-proti-chripce-vadila-jicisla-vakcin-p9s-domaci.aspx?c=A091125_133943_domaci_ban), aniž by byl jejich obsah v listinné či digitální podobě zachycen ve správním spise (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2011, č. j. 1 As 33/2011-58, nebo ze dne 24. 8. 2016, č. j. 1 As 80/2016-30). Ani v tomto případě však soud neshledal, že by toto pochybení mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Jednak žalovaný o tento důkaz neopíral závěr o vině žalobkyň (či jiný výrok prvostupňového rozhodnutí), nýbrž toliko vyvracel argumentaci žalobkyň, že by z daných webových stránek vyplývalo pro danou věc relevantní skutkové zjištění. Kromě toho byl obsah těchto stránek žalobkyním znám a soud mohl ověřit hodnocení žalovaného, neboť předmětné stránky byly dostupné i v době konání ústního jednání soudu a soud jimi provedl dokazování. Jakkoliv byl postup žalovaného formálně chybný, soud po provedeném dokazování musí konstatovat, že toto pochybení nemělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí a uvedený důkaz není způsobilý prokázat splnění podmínek § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ v rámci posuzovaného zadávacího řízení (viz dále).
16. Pokud jde o namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, tu nelze s ohledem na výše uvedené shledat z důvodu tvrzeného nedostatečně zjištěného skutkového stavu. Co se týče důvodů napadeného rozhodnutí, ty pak soud shledal zcela dostatečnými. Předně je nutno poznamenat, že napadené rozhodnutí tvoří s prvostupňovým rozhodnutím jeden celek. Jelikož žalobkyně v rámci odvolání fakticky opakovaly své stanovisko uplatněné již v prvostupňovém řízení, nebylo povinností předsedy žalovaného opětovně jinými slovy uvádět totéž, co již uvedl žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí. Jelikož žalovaný v tomto rozhodnutí vypořádal všechny námítky, postupoval předseda žalovaného plně v souladu se zákonem, jestliže z větší části odkazoval na konkrétní pasáže prvostupňového rozhodnutí. Skutečnost, že podrobnější argumentace je obsažena v prvostupňovém rozhodnutí a nikoliv v napadeném rozhodnutí, nemůže zakládat nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
17. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí reagoval na všechny rozkladové námítky, odkázal na konkrétní pasáže prvostupňového rozhodnutí, předestřel jasnou interpretaci zákona a ten poté jednoznačným způsobem aplikoval na projednávanou věc. Z napadeného rozhodnutí je

zřejmé, proč považoval předseda žalovaného rozkladové námitky za liché. Důvody napadeného rozhodnutí byly z napadeného rozhodnutí zjevně seznatelné i pro žalobkyně, které proti nim brojí konkrétními argumenty.

18. Nelze souhlasit ani s námitkou, že by žalovaný námitky rozmělnil a tím snížil jejich synergický efekt. Žalovaný všechny skutečnosti zjevně hodnotil komplexně a dospěl k závěru, že ani ve svém souhrnu tvrzené důvody neospravedlňují zakotvení sporné podmínky do zadávací dokumentace. Všechny skutečnosti je vždy nutno hodnotit ve svém souhrnu, takové komplexní hodnocení je však zpravidla nutno blíže odůvodnit relativně samostatnými úvahami, které se týkají jednotlivých dílčích skutečností. Žalovaný pochopitelně musel reagovat přinejmenším na jednotlivé klíčové argumenty žalobkyň, to ovšem neznamená, že by celou argumentaci, jakož i celý zjištěný skutkový stav nehodnotil také ve svém souhrnu.
19. Za pochybení nelze považovat skutečnost, že se žalovaný explicitně nezabýval naplněním materiálního znaku přestupku. Tento znak spočívá ve společenské škodlivosti přestupkového jednání. Jelikož se však společenská škodlivost přestupků dle ZZVZ s ohledem na jeho § 270 odst. 1 předpokládá, nemusí žalovaný vždy odůvodňovat naplnění tohoto znaku. Jiná situace může nastat v případě, že skutkové okolnosti nasvědčují tomu, že je v konkrétní věci uvedená zákonná domněnka vyvrácena, nebo jestliže v tomto směru obviněný z přestupku uplatňuje konkrétní argumentaci. V takových případech je na místě, aby žalovaný na námitky reagoval, respektive aby vyložil proč je i přes ony specifické skutkové okolnosti posuzované jednání společensky škodlivé. Ani jedna z variant v posuzované věci nenastala. Kromě toho přestupky dle ZZVZ mají povahu ohrožovacích deliktů. Není tedy podstatné, zda nastane účinek přestupku např. v podobě vyloučení konkrétního dodavatele ze soutěže. Společenskou škodlivost nelze hodnotit podle účinků přestupkového jednání nýbrž jediné podle jeho následku, kterým není jen narušení chráněného zájmu, nýbrž i jeho ohrožení. V posuzované věci přitom soud nemá pochyb o tom, že k ohrožení zájmů chráněných ZZVZ došlo, neboť hospodářská soutěž byla omezena na užší okruh dodavatelů.
20. Ani ve výrocích o pokutě nelze napadené rozhodnutí shledat nepřezkoumatelným. Není pravdou, že by žalovaný toliko konstatoval, že přihlédl k hospodářským výsledkům žalobkyň. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí (na které v této části předseda žalovaného plně odkázal) jejich hospodářské výsledky jasně specifikoval a již z porovnání výše sankcí a hospodářských výsledků je zcela jednoznačně seznatelné, jaký dopad bude mít uložená pokuta na hospodaření žalobkyň a že tento dopad nebude likvidační, jak uzavřel žalovaný (podrobněji viz dále).
21. Soud proto uzavírá, že neshledal napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.
22. Dále se soud zabýval námitkami směřujícími proti závěru žalovaného, že žalobkyně svým jednáním porušily § 73 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ.
23. Podle § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ, pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, minimální úroveň pro jejich splnění.
24. Podle § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti a ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
25. Právní úprava zadávání veřejných zakázek umožňuje zadavatelům určitou volnost při stanovení podmínek účasti na veřejné zakázce. Celá řada ustanovení, včetně výše citovaných však tomuto oprávnění zadavatelů stanoví určité limity. Jelikož každá zadávací podmínka může vést k určitému omezení hospodářské soutěže, je potřeba, aby toto omezení odpovídalo odůvodněné potřebě zadavatele. Musí jít tedy o omezení, které je z hlediska předmětu zakázky nezbytné, tj. objektivně odůvodněné specifiky dané zakázky (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2013, č.j. 7 Afs 44/2013-39). Ustanovení § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ tento

požadavek vyjadřuje slovním spojením „přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky“. Tím se do daného ustanovení promítají zásady zadávání veřejných zakázek, zejména pak zásady přiměřenosti a nediskriminace. Podmínka, která bez dostatečných důvodů omezuje možnost účasti určitého dodavatele na zadávacím řízení, je podmínkou diskriminační. Nepřiměřenost a diskriminace jsou tak v tomto případě dvěma stranami téže mince. Soud na tomto místě poznamenává, že žalobkyně nebyly sankcionovány za „pouhé“ porušení neurčitých zásad zadávání veřejných zakázek, nýbrž také za porušení § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ. Kromě toho soud nemá za to, že by se snad zadavatelé mohli vyvinít ze spáchání přestupku poukazem na to, že sice nedodrželi postup stanovený zákonem, nicméně „pouze“ diskriminovali některé dodavatele.

26. Z hlediska přiměřenosti zadávacích podmínek platí, že zadavatel musí v první řadě při jejich stanovení sledovat určitý legitimní cíl. Nechce-li připustit účast určitých dodavatelů, musí v době zadání veřejné zakázky disponovat jasnými informacemi o tom, proč po něm nelze s ohledem na charakter zakázky legitimně žádat, aby měli takoví dodavatelé možnost se o takovou zakázku ucházet. Zadavatel tedy musí již v okamžiku stanovení zadávacích podmínek disponovat dostatečnými informacemi, které jej oprávněně vedou k závěru o přiměřenosti stanovené podmínky. Pouze v takovém případě totiž může vyhodnotit, zda stanovená podmínka skutečně sleduje legitimní cíl a je z hlediska tohoto cíle přiměřená. Za přiměřené nelze považovat omezení, které je učiněno na základě vágních informací či zcela nepodložených domněnek. Zároveň platí, že čím přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky jsou pak kladeny na jejich odůvodnění (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 11. 2013, č.j. 7 Afs 44/2013-39).
27. Z výše uvedeného pak plyne, že v řízení o přestupku je to sice žalovaný, kdo prokazuje naplnění formálních znaků přestupku, nicméně na zadavateli je, aby objasnil své pohnutky, které jej vedly ke stanovení omezujícího požadavku. Pouze v takovém případě by totiž žalovaný mohl dospět k závěru, že dané omezení je přiměřené, tj. v souladu s § 73 odst. 6 písm. b) a § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ.
28. Předmětem posouzení v nyní projednávané věci je podmínka stanovená v bodě 6.4.1. zadávací dokumentace. Tento bod označený jako „Seznam významných dodávek“ obsahuje požadavek na prokázání technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ „*předložením seznamu významných dodávek poskytnutých za poslední 3 roky (resp. 5 let – viz níže) před zahájením zadávacího řízení, včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele (dále též jen „referenční zakázky“)*“.
- Zadavatel ke splnění kvalifikace požaduje, aby účastník prokázal, že v rozhodném období realizoval referenční zakázky odpovídající níže uvedeným parametrům:*
- nejméně dvě referenční zakázky související s předmětem plnění této veřejné zakázky, tj. spočívající v přímé distribuci/ dodávkách léčivých přípravků do ordinací PZS, kdy*
- *souhrnná hodnota těchto referenčních zakázek (cena dodaných léčivých přípravků), dosažená v průběhu tří po sobě bezprostředně následujících let, činila alespoň 300 mil. Kč bez DPH,*
 - *přičemž hodnota alespoň jedné z těchto referenčních zakázek (cena dodaných léčivých přípravků), dosažená v průběhu tří po sobě bezprostředně následujících let, musí činit alespoň 25 mil. Kč bez DPH.“*
29. Klíčové je v citované podmínce omezení na dodávky léčivých přípravků do ordinací PZS, které shledal žalovaný jako nepřiměřené a diskriminující omezení.
30. Žalobkyně přijetí této podmínky zdůvodňují významem veřejné zakázky a specifiky jejího předmětu. Z hlediska významu žalobkyně poukazují na nutnost zajištění bezproblémové realizace veřejné zakázky za účelem ochrany zdraví svých klientů a splnění striktních termínů pro provádění očkování. Z hlediska specifik předmětu veřejné zakázky žalobkyně zejména poukazují

na to, že je zásadní rozdíl mezi distribucí léčivých přípravků do ordinací PZS a do jiných zařízení.

31. Soud uznává, že význam veřejné zakázky může odůvodňovat stanovení přísnějších kritérií technické kvalifikace, nicméně stále platí, že tato kritéria musí sledovat legitimní cíl vyplývající z odůvodněných potřeb zadavatele, a přísnost stanoveného požadavku musí odpovídat významu tohoto cíle.
32. Je zároveň nutno podotknout, že skutečnost, že předmětem zakázky je distribuce očkovacích látek, přičemž pro některá očkování jsou stanoveny relativně striktní termíny (viz vyhláška č. 537/2006 Sb.), má vypovídací hodnotu skutečně pouze ve vztahu k významu veřejné zakázky. Jelikož se tato skutečnost (tj. že předmětem distribuce budou očkovací látky) nijak nepromítá do sporného požadavku stanoveného v bodu 6.4.1. zadávací dokumentace, nevypovídá nic o onom cíli, která má daný požadavek sledovat. Jinými slovy, nelze odůvodňovat požadavek na zkušenost s dodáváním jakýchkoliv léčivých přípravků tím, že distribuce očkovacích látek je specifická. Žalobkyně v daném bodě evidentně nepožadovaly, aby měli dodavatelé zkušenost s dodáváním právě očkovacích látek. Snaží-li se tedy odůvodnit požadavek na zkušenost s dodávkami do ordinací PZS tím, že dodavatelé očkovacích látek do ordinací PZS zpravidla (sic!) disponují určitým specifickým vybavením, považuje soud tuto argumentaci za zcela mimoběžnou.
33. Ačkoliv soud nepopírá důležitý význam veřejné zakázky, je zároveň nutno vzít v úvahu míru omezení hospodářské soutěže v důsledku stanoveného kritéria technické kvalifikace. Samy žalobkyně tvrdí, že existuje určitý okruh dodavatelů specializujících se na dodávání léčivých přípravků do jiných zařízení než ordinací PZS. Zároveň jsou si vědomy toho, že celý okruh těchto subjektů z možnosti ucházet se o zakázku vyloučily (poukazují-li na specializaci těchto subjektů, jsou si zjevně vědomy toho, že tyto specializované subjekty zjevně nebudou splňovat požadavek stanovený v bodě 6.4.1. zadávací dokumentace). Zároveň žalobkyním musí být známo, že dodávky jiných než očkovacích látek přímo do ordinací PZS jsou s ohledem na § 34 vyhlášky č. 84/2008 Sb., o správné lékárenské praxi výrazně omezeny (podle věty druhé tohoto ustanovení platí: „*Transfuzní přípravky dodávají poskytovatelům zdravotních služeb zařízení transfuzní služby; plyny používané při poskytování zdravotních služeb, léčivé přípravky pro moderní terapii, infuzní, hemofiltrační a dialyzační roztoky, imunologické přípravky za účelem očkování a hodnocené léčivé přípravky z kategorie plynů používaných při poskytování zdravotních služeb, léčivých přípravků pro moderní terapii, infuzních, hemofiltračních a dialyzačních roztoků a imunologických přípravků za účelem očkování jim mohou být dodávány také distributory léčivých přípravků.*“). Žalobkyně si tedy nutně musely být vědomy toho, že jimi stanovená podmínka povede takřka k uzavření trhu, které je z hlediska cílů ZZVZ krajně nežádoucí (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 3. 2020, č. j. 9 As 269/2018-51).
34. Ačkoliv v daném případě podal nabídku také další dodavatel, soud se shoduje se žalovaným v závěru, že tato nabídka zcela zjevně nesplňovala požadavek stanovený v bodě 6.4.1. zadávací dokumentace, neboť jedna ze dvou referenčních zakázek spočívala v dodávkách do sítě lékáren Moje Lékárna. Před touto skutečností nemůže žalovaný „zavřít oči“ s odůvodněním, že splnění zadávacích podmínek posuzuje výlučně zadavatel, přičemž v tomto případě tak neučinil, neboť si vyhradil toto posouzení pouze ve vztahu k vybranému dodavateli. Do daného zadávacího řízení zjevně podal nabídku jediný uchazeč, který splňoval podmínku stanovenou v bodě 6.4.1. zadávací dokumentace.
35. Bez ohledu na to, zda existoval i jiný dodavatel, který by uvedenou podmínku splňoval a nepodal nabídku z jiného důvodu, si žalobkyně musely být vědomí zcela zásadního omezení hospodářské soutěže v důsledku stanovení uvedeného požadavku. Takto přísnému omezení by proto musely odpovídat výjimečné důvody na straně žalobkyň.

36. V souvislosti s argumentací žalobkyň, že nabídku mohly podat také zahraniční subjekty, soud musí poznamenat, že samy žalobkyně zdůrazňují složitost realizace zakázky pro subjekty neznalé místních poměrů a poukazují na potřebu specifické komunikace s pracovníky a lékaři v ordinacích PZS. Argumentace žalobkyň z tohoto pohledu působí poněkud protichůdně. Pokud znalost místních poměrů či potřeba specifických komunikačních dovedností byla skutečně jedním z důvodů, který žalobkyně vedl ke stanovení tak přísného kvalifikačního požadavku, pak tento požadavek zjevně nebyl způsobilý daných cílů dosáhnout, neboť neomezoval účast zahraničním subjektům, které by zjevně měly se znalostmi místních poměrů či komunikačními dovednostmi z objektivních důvodů problém.
37. Zdejší soud nikterak nepopírá specifika uváděná žalobkyněmi, a stejně jako žalovaný proto nemá za to, že by bylo potřeba je jakkoliv dokazovat (např. navrhovaným vyjádřením Ministerstva zdravotnictví). Pouze má za to, že nevypovídají o neschopnosti distributorů léčivých přípravků do jiných zařízení než do ordinací PZS zajistit bezproblémovou distribuci očkovacích látek do ordinací PZS.
38. Jinými slovy, soud dává žalobkyním za pravdu, že distribuce léčivých přípravků do ordinací PZS může být v řadě aspektů náročnějším úkolem než distribuce léčivých přípravků do jiných zařízení. Soud má však za to, že distributory léčivých přípravků do oněch jiných zařízení nelze považovat za objektivně nezpůsobilé chopit se tohoto v určitých aspektech těžšího úkolu. Nutno poznamenat, že ostatní požadavky (odhlédli-li by soud od omezení na dodávky do ordinací PZS) dostatečně zaručují „sílu“ možných dodavatelů již stanovením minimálních hodnot referenčních zakázek. Tato „síla“ vypovídá nejen o zkušenosti s distribucí léčivých přípravků, ale částečně také o schopnosti expandovat na trhu či přizpůsobit některé své procesy specifickým jednotlivých zakázek.
39. Přes nesporný význam veřejné zakázky na distribuci očkovacích látek má soud za to, že připuštění realizace těchto zakázek subjekty s bohatou zkušeností s distribucí léčivých přípravků do lékáren a nemocnic rozhodně nepředstavuje zásadní riziko pro bezproblémovou realizaci zakázky. Krajský soud nevidí důvod, který by objektivně bránil distributorům se skutečně významnými zkušenostmi (jak by plynulo z kvalifikačních kritérií bez omezení na dodávky do ordinací PZS) připravit bezproblémovou distribuci na větší počet míst, v nepravidelných termínech, bez přesného a pravidelného plánu závozu. Nutno poznamenat, že žalobkyně ani nestanovily jako kritérium například to, že by referenční zakázky měly být spojeny s určitým počtem míst či s jinými charakteristikami závozu. V rozporu se svými nyní proklamovanými představami o nezbytnosti zásadních logistických zkušeností budoucího vybraného dodavatele připustili účast dodavatele, který by měl zkušenost toliko s dodávkami na jedno či několik málo míst a v pravidelných termínech, neboť rozhodující pro žalobkyně byla pouze hodnota takové zakázky. Stejně tak není zřejmé, proč by distributor dosud dodávající například do lékáren či nemocnic nebyl schopen akceptovat obchodní model spočívající v tom, že léčivé přípravky jsou v ordinaci PZS pouze deponovány. Řada těchto skutečností může jistě vyžadovat dodatečné investice ze strany dodavatele, ať již do informačních systémů, lidských zdrojů či do vozového parku. Soud však nemá za to, že by v těchto skutečnostech bylo možné spatřovat reálné riziko neplnění dodávek řádně a včas. Ostatně žalobkyně stanovily požadavek na to, aby dodavatel disponoval informačním systémem validovaným dle normy GAMP nebo ekvivalentním. Kdyby snad skutečně shledávaly jako odůvodněný požadavek na určitou kvantitu či vybavení vozů, taktéž jej mohly v zadávací dokumentaci stanovit.
40. Je zřejmé, že důvody, které žalobkyně uvádějí pro zavedení sporného kritéria, v řadě případů nemusí být na základě tohoto kritéria naplněny. Zahraniční dodavatel nebude disponovat vysokou úrovní znalosti místních poměrů či „vhodnějšími“ komunikačními dovednostmi, dodavatel dovážející do ordinací PZS například pouze plyny pro poskytování zdravotních služeb nebude disponovat požadovaným vybavením vozů, ani nebude mít možná logistický systém srovnatelný s dosavadním distributorem očkovacích látek.

41. Argumentaci požadavkem na komunikační dovednosti či obtížností parkování u ordinací PZS pak soud vnímá jako zcela zástupnou. V řízení nebylo doloženo nic, z čeho by bylo možné usuzovat, že pracovníci distributorů do jiných zařízení mají horší (či jiné) komunikační dovednosti, že by nebyli schopni zaparkovat v obtížnějších podmínkách nebo že by snad obecně tyto distributoři disponovali auty neuzpůsobenými pro vjezd do center měst.
42. Pokud jde o tvrzenou špatnou zkušenost s distribucí očkovacích látek údajně nezkušeným dodavatelem, soud v první řadě uvádí, že žalobkyně poukázaly pouze na zcela nekonkrétní informace. Žalobkyně toliko odkazovaly na novinové články, z nichž podle nich má vyplývat, že v důsledku nezkušenosti distributora docházelo k problémům s distribucí očkovací látky proti viru prasečí chřipky v roce 2009. Soud provedl dokazování obsahem webových stránek <https://zpravy.aktualne.cz/domaci/cesko-je-na-prahu-epidemie-ale-vakciny-maji-zpozdeni/r~i:article:653602/?redirected=1537448434> a https://zpravy.idnes.cz/zachranka-zastavila-ockovani-proti-chripce-vadila-jicisla-vakcin-p9s-domaci.aspx?c=A091125_133943_domaci_ban a dospěl k závěru, že z těchto stránek lze dovodit pouze to, že médiu byly v dané době prezentovány určité problémy s distribucí očkovacích látek. Nelze z nich však dovozovat to, že ony problémy představovaly vadu plnění ze strany distributora, že by distributor tyto problémy zavinil nebo je přímo zavinil svou nezkušeností.
43. Je přitom nutno zdůraznit, že důvody pro přijetí omezující zadávací podmínky měly být žalobkyním známy již v době zadání veřejné zakázky. Pokud se skutečně žalobkyně rozhodovaly na základě zcela vágní informace o tom, že před několika lety došlo k „nějakým“ problémům s distribucí, aniž by se zajímaly o to, jaké byly jejich přesné příčiny a důsledky, pak jejich rozhodnutí (stanovení nyní posuzovaného požadavku) nelze považovat za odůvodnitelné takto vágními informacemi, tj. ani za přiměřené. Pokud snad měly žalobkyně informace konkrétnější, měly je prezentovat v řízení před žalovaným. Lze o tom nicméně důvodně pochybovat už proto, že pro prokázání bližších skutečností žalobkyně navrhovaly provedení důkazu vyjádřením Ministerstva zdravotnictví. Takové vyjádření by však z povahy věci nemohlo odhalit pohnutky žalobkyň, mohlo by sloužit toliko jako zástupný důvod – dodatečné ospravedlnění jednání žalobkyň skutečností, které fakticky v jejich rozhodování nehrály žádnou roli (neboť jim nebyly známy). Proto nebylo ani před soudem na místě provést takový důkaz. Nejsou totiž rozhodné konkrétní skutkové okolnosti případu z roku 2009 (potažmo informace, které mělo k dispozici Ministerstvo zdravotnictví), jestliže tyto okolnosti zjevně nebyly důvodem pro stanovení předmětného kritéria technické kvality. Byly-li tímto důvodem skutečnosti uváděné ve shora uvedených novinových článcích, pak soud opakuje, že informace obsažené v těchto článcích objektivně nemohly ani okrajově odůvodňovat stanovení daného kritéria.
44. Nutno poznamenat, že v době, kdy nebyly očkovací látky organizovaně distribuovány do ordinací PZS, neměl žádný subjekt takové zkušenosti, jaké nyní žalobkyně požadují. Přesto se této činnosti dosud nezkušený subjekt chopil a žalobkyně tuto prvotní zkušenost nehodnotí natolik negativně, že by u nich snad nyní vyvolávala obavu o řádnou a včasnou realizaci distribuce subjektem, který by s distribucí léčivých přípravků do ordinací PZS neměl zkušenost. Jinými slovy i vybraný uchazeč, u něhož žalobkyně *de facto* za klíčovou považují jeho zkušenost s distribucí očkovacích látek do ordinací PZS, začínal jako subjekt bez takovýchto zkušeností, přesto mu byl svěřen tento náročný úkol a žalobkyně v jeho plnění zjevně nespátřují zásadní nedostatky.
45. S ohledem na striktnost stanoveného požadavku (omezení dvou referencí na přímou distribuci/dodávky do ordinací PZS) a jeho dopad na hospodářskou soutěž soud tedy neshledal v argumentaci žalobkyň důvod, který by takový požadavek ospravedlňoval. Za této situace je nutno takový požadavek hodnotit jako zjevně nepřiměřený a v konečném důsledku jako diskriminační, neboť bez dostatečného důvodu omezuje účast určitého okruhu dodavatelů v zadávacím řízení.

46. Odpovědnost žalobkyně ani závažnost jejich jednání nemůže nijak umenšovat skutečnost, že účinnost ZZVZ, do jehož působnosti nově předmětná zakázka spadala, nastala „až“ 1. 10. 2016. Jelikož předmětem zakázky je distribuce očkovacích látek v období let 2018 až 2021, má soud za to, že žalobkyně měly dostatek času pro přípravu zadávacího řízení. Na tom nic nemění ani skutečnost, že žalovaný až na konci roku 2016 zveřejnil stanovisko k tomu, že dané plnění spadá do působnosti ZZVZ. Kromě toho, že žalobkyně si měly být této skutečnosti vědomy i bez stanoviska vydaného žalovaným, nemohlo žalobkyním ani po seznámení se s jeho obsahem činit zásadní problém nastavit férové a přiměřené podmínky zadávacího řízení. Sporná podmínka přitom musela být bezesporu od počátku jedním z hlavních aspektů, u něhož musely žalobkyně s ohledem na předpokládané zásadní důsledky vážit přiměřenost (a v konečném důsledku rovnost zacházení s dodavateli).
47. Krajský soud nemá za to, že by bylo možné obecně označit přístup žalovaného jako nepředvídatelný či selektivní. Ačkoliv žalobkyně v rámci ústního jednání odkázaly na rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-S0433/2018/VZ-32812/2018/533/B, které podle nich zrcadlí zcela opačný přístup žalovaného, soud tento pohled nesdílí. Komplexní hodnocení konkrétních skutkových okolností nelze bez dalšího přenášet na případy jiné. Z uvedeného rozhodnutí přitom rozhodně neplyne ustálená praxe žalovaného, což ostatně žalovaný při jednání dokládal odkazem na jiné rozhodnutí předsedy žalovaného č. j. ÚOHS-R0155/2016/VZ-47753/2016/323/ZSř (které bylo také předmětem přezkumu ze strany Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 24. 3. 2020, č. j. 9 As 269/2018-51). Rozdíl mezi oběma rozhodnutími a rozhodnutím vydaným v této věci nelze hodnotit ani jako nepředvídatelný či selektivní přístup. Krajský soud v obecné rovině musí souhlasit s tím, že v každé z těchto věcí byla skutková situace odlišná. Při posuzování přiměřenosti konkrétních zadávacích podmínek přitom může záležet i na nuancích a rozhodující je komplexní pohled na věc. Není rozhodné pouze znění zadávací podmínky v jiné věci, proklamované důvody pro její zakotvení či podobnost s podmínkou posuzovanou v této věci a podobnost s důvody uváděnými v této věci. Je nutno vzít v úvahu zjevně odlišný dopad na hospodářskou soutěž. Jestliže například zadávací podmínka sníží okruh dodavatelů ze 100 na 50, může být volná hospodářská soutěž do značné míry zachována. Jestliže naproti tomu dojde ke snížení ze 4 dodavatelů na 2 (tj. ve stejném poměru), jedná se již o zcela zásadní omezení hospodářské soutěže, pro které musí mít zadavatel zásadní důvody. V projednávané věci přitom posuzovaná podmínka měla zásadní vliv na okruh dodavatelů a nelze ji proto srovnávat s omezující podmínkou, která byla posuzována v rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-S0433/2018/VZ-32812/2018/533/B.
48. Co se týče uložených pokut, žalovaný jasně a podrobně vyložil veškeré úvahy, kterými se při stanovení výše pokut řídil a soud nespatřuje v jeho úvahách žádný logický rozpor či nedostatek. S ohledem na závažnost jednání žalobkyně, hodnotu veřejné zakázky a výše kladných hospodářských výsledků všech žalobkyně nepovažuje soud uložené pokuty za nepřiměřené (natož zjevně nepřiměřené – viz § 78 odst. 2 s. ř. s.). U žádné ze žalobkyně nepřesáhla uložená pokuta výše jejich kladného hospodářského výsledku. Pokuta tedy pro ně nemůže být likvidační a může být bez problémů uhrazena z vlastních zdrojů žalobkyně. Jak přitom uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 14. 9. 2020, č. j. 5 As 204/2019-62, obecně platí, že čím nižší je pokuta, tím menší je pravděpodobnost, že soud shledá důvody pro její moderaci, neboť z principu bude obtížné dovodit její zjevnou nepřiměřenost. Jako důvod pro moderaci v daném případě soud neshledává ani tvrzení žalobkyně o tom, že jejich jednání představuje nuanci ve výkladu obecné zásady a nikoliv flagrantní porušení zákona. Kromě toho, že soud nepovažuje daný přestupek za pouhou nuanci ve výkladu, nepovažuje jej ani za „pouhé“ porušení obecné zásady [soud mimo jiné opakuje, že žalobkyně porušily také § 73 odst. 6 písm. b) ZZVZ]. V každém případě soud zdůrazňuje, že horní hranice zákonné sazby činila 20 000 000 Kč. V případě pokut ve výši 0,5 % až 3% z horní hranice zákonné sazby nelze podle názoru soudu říci, že by byly nepřiměřené (natož zjevně) povaze spáchaného přestupku.

IV. Shrnutí a náklady řízení

49. Krajský soud na základě shora provedeného posouzení neshledal žaloby důvodnými, a proto je ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
50. O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 odst. 1 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci neúspěšné žalobkyně nemají právo na náhradu nákladů řízení a žalovanému v souvislosti s tímto řízením žádné náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 3. února 2021

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu