



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **Zdravotnický holding Královéhradeckého kraje a.s.**, se sídlem Hradec Králové, Pospíšilova 365, zastoupený Mgr. Lukášem Nohejlem, advokátem se sídlem Praha, Římská 104/14, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R219/2011/VZ-4094/2012/310/ASc ze dne 20.3.2012,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R219/2011/VZ-4094/2012/310/ASc ze dne 20.3.2012 se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovaný je **povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 19 907 Kč do patnácti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Lukáše Nohejla, advokáta se sídlem Praha, Římská 104/14.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce podanou žalobou napadá rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R219/2011/VZ-4094/2012/310/ASc ze dne 20.3.2012, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S78/2011/VZ-11015/2011/520/Ema ze dne 9.9.2011.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl, že se žalobce coby zadavatel dopustil správného deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále „ZVZ“), tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 ZVZ, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 ZVZ, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem byla dne 24. 10. 2008 uzavřena smlouva na plnění této veřejné zakázky. Za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 500 000 Kč.

U žalobce nejprve proběhla soutěž o návrh, která jednacím řízení, jež bylo předmětem nyní posuzované věci, předcházela. Předmětem bylo zavedení systému jednotného zpracování obrazové informace PACS (*Picture Archiving and Communication System* – systém pro správu, archivaci a přenos snímků z digitálních zobrazovacích systémů) v rámci zdravotnických zařízení zřizovaných žalobcem. Každé zdravotnické zařízení mělo být vybaveno modalitami, které poskytují digitální obrazové informace ve formátu DICOM (*Digital Image and Communication in Medicine* – univerzální formát pro ukládání obrazů PACS a přenosový formát) 3.0 (SEND, STORE, Quer/Retrive, PRINT).

V navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění pak žalobce uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na dodávku a montáž zdravotnické technologie včetně počítačové technologie, dopravu a zaškolení obsluhy při „Rozšíření vybavení a propojení RDG pracovišť nemocnic ZHKHK“.

V řízení před žalovaným byla klíčovou otázkou možnost aplikace § 23 odst. 6 ZVZ, tedy možnost kontrahovat navazující plnění v jednacím řízení bez uveřejnění.

Podstata závěru žalovaného je založena na rozboru podmínky, podle níž lze takto kontrahovat plnění „v návaznosti na soutěž o návrh“, což podle žalovaného splněno nebylo, a proto žalobce jednacím řízení bez uveřejnění nemohl užít. V případě zdravotnických přístrojů jde podle žalovaného o běžné, byť specializované zboží, jež bylo možno poptávat po různých subjektech, což dokládal i seznam subdodavatelů, jejichž prostřednictvím vybraný uchazeč realizoval nejen dodávky přístrojů. I systém PACS, který podle technického popisu předmětu plnění měl být realizován prostřednictvím subdodavatele, neměl být realizován vybraným uchazečem. Je tak podle žalovaného zjevné, že vybraný uchazeč nedotvářel původní navržené řešení, a že tedy neexistovala nutnost zadat veřejnou zakázku vybranému uchazeči. Žádný opačný argument žalobce neuváděl podle žalovaného ani ve správním řízení.

Při realizaci veřejné zakázky na dodávky či služby související s požadovaným systémem, v konkrétním šetřeném případě se systémem PACS, měl tedy žalobce podle žalovaného postupovat standardním způsobem, tj. zvolit formu zadávacího řízení podle předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

To žalobce zpochybňuje podanou žalobou.

II. Shrnutí žalobní argumentace

Žalobce především odmítá žalovaným použitý restriktivní výklad § 23 odst. 6 ZVZ. Podle žalobce ani z textu samotného ZVZ, ani z textu příslušné směrnice, ani z judikatury Soudního dvora není zřetelný rozsah podmínek, které musí zadavatel naplnit, aby mohl veřejnou zakázku navazující na soutěž o návrh zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. Tuto mezeru nelze podle žalobce interpretovat v neprospěch oprávněných osob; postup, kterým tak žalovaný učinil, je v rozporu s principem právní jistoty a důvěry v právo. Žalobce zakázku zadal v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musela být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi této soutěže, a tedy zákonné podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění byly splněny.

Dále žalobce zpochybňuje konkrétní úvahy, na základě nichž žalovaný dospěl k závěru o nemožnosti použít jednacím řízení bez uveřejnění. Žalobce namítá, že předmětem veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh může být plnění, které je schopen realizovat výhradně předkladatel vítězného návrhu, nikoli takové plnění, které může být zajištěno jakýmkoli jiným dodavatelem; odmítá, že toto plnění musí spočívat v tvůrčím (ideovém) dopracování návrhu či projektu, jak dovodil žalovaný. Žalobce tedy odmítá podmínku „dopracování návrhu“; nic takového totiž Soudní dvůr v žalovaným zmiňovaných věcech nejudikoval a tato podmínka neplyne ani ze ZVZ. Z věci žalovaným zmiňovaných na věc právě posuzovanou dopadá pouze rozsudek Soudního dvora ve věci C-340/02 („*Komise proti Francii*“), ten však uvádí pouze podmínku zachování přímého funkčního vztahu mezi soutěží na určitý výkon s následnou veřejnou zakázkou.

Nadto žalobce argumentuje tím, že s konceptem „funkčního vztahu“ se ztotožňuje, smyslem jím zvoleného postupu bylo hospodárné vynakládání veřejných prostředků a šetření práv účastníků právních vztahů. Jediným možným tu byl systém jediného odpovědného dodavatele a do prvního „otevřeného řízení“ (do soutěže o návrh) se mohl přihlásit kdokoli.

Žalobce dále uvádí, že problematika žalovaným dovozené nutnosti „dopracování návrhů“ je odbornou otázkou, k jejímuž zodpovězení je třeba odborného posouzení, kterého žalovaný nemohl být schopen, a proto si musel odborné posouzení nechat zpracovat. Neučinil-li tak žalovaný, nezjistil dostatečně skutkový stav a jeho rozhodnutí ani z tohoto důvodu nemůže obstát. Nadto se žalovaný vůbec nevěnoval otázce řádného a zákonného provedení soutěže o návrh, která předcházela jednacím řízení bez uveřejnění.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit. Pro případ, že žalobě takto vyhověno nebude, navrhuje žalobce, aby soud od pokuty upustil, popř. ji v mezích zákonem dovolených snížil.

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

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný setrvává na svých závěrech obsažených v napadeném a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí a žalobu navrhuje jako nedůvodnou zamítnout.

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

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud rozhodoval podle skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.), a napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů, jak byly žalobcem uplatněny (§ 75 odst. 2 s.ř.s.).

Podstatou projednávané věci je spor o právní posouzení, konkrétně spor žalobce a žalovaného o výklad výjimky (z jinak povinného „přísnějšího typu“ zadávacího řízení) pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 ZVZ (ve znění před účinností zákona č. 179/2010 Sb.).

Podle uvedeného ustanovení může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. V případě více vybraných účastníků soutěže o návrh je zadavatel povinen vyzvat k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění všechny vybrané účastníky.

Je-li sporu o výklad tohoto ustanovení, pak podstatným východiskem dalších úvah zdejšího soudu (především ve vztahu k prejudikatuře) je fakt, že uvedené ustanovení transponuje čl. 31 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, podle kterého veřejní zadavatelé mohou zadávat své veřejné zakázky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v případě veřejných zakázek na služby, pokud daná zakázka následuje po veřejné soutěži na určitý výkon a musí být podle platných pravidel zadána vítěznému účastníkovi nebo jednomu z vítězných účastníků; v případě více vítězných účastníků musí být k účasti na vyjednávání vyzváni všichni vítězní účastníci.

Z právě uvedeného je patrné, že česká vnitrostátní úprava je věcně shodná s úpravou komunitární. Za tohoto stavu lze bezpochyby při výkladu pravidel podávaných ze ZVZ aplikovat výklad, jaký zastává Soudní dvůr ve vztahu k pravidlům podávaným z uvedené směrnice.

Tu je třeba zabývat se možností použít jednacího řízení bez uveřejnění v obecnější rovině i konkrétně ve vztahu k řízení navazujícímu na předchozí soutěž o návrh. Obecnější rovina je určující z pohledu aplikace pravidla, podle něhož je použití jednacího řízení bez uveřejnění jednou z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ. Konkrétní rovina, bezprostředně ve vztahu k věci nyní posuzované, je pak dána naplněním konkrétních podmínek plynoucích z § 23 odst. 6 ZVZ.

Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14.9.2004 ve věci C-385/02 (*Komise proti Itálii*). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne ze něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě „odklon“ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).

Nadto i tuzemská rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. I Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28.11.2012 ve věci 1 Afs 23/2012 z tohoto pojetí vycházel, když konstatoval, že z druhů zadávacích řízení, které upravuje § 21 ZVZ, je jednací řízení bez uveřejnění, v porovnání s ostatními postupy, bezesporu postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovatelným (jedním z důvodů je např. skutečnost, že zadavatel v rámci tohoto postupu přímo oslovuje konkrétního zájemce bez jakkoliv formalizovaného výběru; dále je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci apod.). I z takto podaného východiska je tedy důvodu vycházet.

Toto východisko, které se stalo základem úvah žalovaného, ostatně ani žalobce žádnou konkrétní argumentací nezpochybňuje. Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné.

To však ještě k potvrzení správnosti napadeného rozhodnutí postačovat nemůže, neboť míra přísnosti výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění se tu nutně musí odvíjet od podmínek, které ZVZ v § 23 odst. 6 (stejně jako uvedená směrnice v čl. 31 odst. 3) pro případ řízení navazujícího na předchozí soutěž o návrh stanoví.

V této otázce lze skutečně aplikovat právní názor obsažený v rozsudku Soudního dvora ze dne 14.10.2004 ve věci C-340/02 („*Komise proti Francii*“), který se týkal použití jednacího řízení bez uveřejnění po předchozí soutěži o návrh.

Interpretují-li žalobce a žalovaný závěry pramenící z tohoto rozsudku odlišně a je-li tato odlišná interpretace klíčovou otázkou v jejich vzájemném sporu ohledně podmínek použití jednacního řízení bez uveřejnění v právě posuzované věci, pak je třeba předeslat, že v uvedené věci Soudního dvora se Komise domáhala, aby Soudní dvůr určil, že Francie nesplnila povinnosti, jež pro ni vyplývaly z tehdejší směrnice 92/50/EHS, neboť *Communauté urbaine du Mans* (městská aglomerace Le Mans) nepřikročila při zadávání zakázky na studie, jejichž předmětem byla mimo jiné pomoc investorovi týkající se čističky odpadních vod v *Chauvinière*, ke zveřejnění vyhlášení zakázky v Úředním věstníku.

Čl. 11 odst. 3 písm. c) této směrnice přitom upravoval stejné pravidlo, jak je podáváno z čl. 31 odst. 3 shora uvedené pozdější směrnice i z § 23 odst. 6 ZVZ, tj. že zadavatelé mohou zadat veřejné zakázky na služby ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky (mimo jiné tehdy), pokud musí být na základě daných pravidel zakázka zadána po pořádané veřejné soutěži na určitý výkon úspěšnému zájemci nebo jednomu z úspěšných zájemců.

Právě výklad Soudního dvora podaný k čl. 11 odst. 3 dřívější směrnice je tedy dobře určující pro výklad § 23 odst. 6 ZVZ (a čl. 31 odst. 3 pozdější směrnice).

Soudní dvůr (v bodu 38. uvedeného rozsudku) uvedl, že toto ustanovení, které je výjimkou ze základního pravidla (Smlouvy), musí být vykládáno restriktivně a je na tom, kdo se ho hodlá dovolávat, aby prokázal, že je výjimka odůvodněna skutečně existujícími výjimečnými okolnostmi (odkázal přitom na prejudikaturu – rozsudek ve věci C-20/21 a C-28/01, *Komise proti Německu*).

V bodech 40. a 41. rozsudku pak doplnil (a to je podle zdejšího soudu pro výklad § 23 odst. 6 ZVZ podstatné), že podmínky pro uplatnění výjimky upravené v čl. 11 odst. 3 písm. c) směrnice nebyly splněny, neboť ze znění tohoto ustanovení jasně vyplývá, že výjimka z povinnosti zveřejnit vyhlášení zakázky je možná, pouze pokud zadávaná zakázka následuje po pořádané veřejné soutěži a pokud musí být zadána úspěšnému zájemci nebo jednomu z úspěšných zájemců. Spojení „po pořádané veřejné soutěži na určitý výkon“ ve smyslu čl. 11 odst. 3 písm. c) směrnice (podle Soudního dvora) znamená, že musí být zachován přímý funkční vztah mezi veřejnou soutěží na určitý výkon a navazující zakázkou. Jelikož se (v tamní věci Soudního dvora) veřejná soutěž týkala první etapy a byla pořádána za účelem zadání zakázky vztahující se k této etapě, u zakázky z druhé etapy nelze mít za to, že následuje po pořádané veřejné soutěži. V bodu 42. rozsudku pak Soudní dvůr akcentoval, že klauzule ve vyhlášení (původní) zakázky stanoví pouze možnost, a nikoli povinnost, svěřit druhou etapu uchazeči úspěšnému ve veřejné soutěži týkající se etapy první. Nelze tudíž tvrdit, že zakázka vztahující se k druhé etapě musí být zadána úspěšnému uchazeči nebo jednomu z úspěšných uchazečů. Proto se výjimka z povinnosti zveřejnit vyhlášení zakázky upravená v čl. 11 odst. 3 písm. c) směrnice na projednávaný případ nepoužila.

Jestliže tedy žalovaný podstatnou část své argumentace k nesplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění opřel o úvahu, podle níž (souhrnně v bodu 21. napadeného rozhodnutí) by předmět veřejné zakázky, mohla-li by být zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění, musel spočívat primárně v dopracování projektu nebo plánu, který zvítězil v předchozí soutěži o návrh, neboť to podle žalovaného plyne ze shora uvedeného rozsudku Soudního dvora „*Komise proti Francii*“, pak nejen že nejde o argumentaci, která by měla oporu v uvedeném rozsudku, ale především nejde o argumentaci, která by měla oporu v ZVZ či ve směrnici, která byla do ZVZ transponována. Jakákoli podmínka „dopracování projektu nebo plánu“ není obsažena ani v § 23 odst. 6 ZVZ, ani ji takto ve vztahu k věcně témuž znění příslušné směrnice nejudikoval Soudní dvůr; ten totiž uvedenou podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění pojímá jako zachování přímého funkčního vztahu mezi původní soutěží o návrh a navazujícím zadávacím řízením (v takovém případě totiž podle Soudního dvora navazující veřejná zakázka skutečně materiálně následuje po soutěži o návrh a fakticky musí být zadána vítězi soutěže o návrh).

Zákonné podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění (§ 23 odst. 6 ZVZ) jsou následující:

1. jedná se o veřejnou zakázku na služby;
2. k jejímu zadávání dochází v návaznosti na soutěž o návrh;
3. již v soutěži o návrh bylo stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.

O veřejnou zakázku na služby (první podmínka) jde v případech, které jsou pokryty § 10 ZVZ. Určujícím je přitom samotný předmět – věcný charakter popotávaného plnění. Je-li třeba zkoumat hranici mezi veřejnou zakázkou na dodávky a veřejnou zakázkou na služby (podle věcného charakteru plnění), pak o veřejnou zakázku na dodávky jde podle § 8 odst. 1 ZVZ v případě veřejné zakázky, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen „zboží“), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing); podle § 8 odst. 2 ZVZ je veřejnou zakázkou na dodávky je rovněž veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě pořízení zboží podle § 8 odst. 1 ZVZ rovněž poskytnutí služeb nebo stavebních prací spočívajících v umístění, montáži či uvedení takového zboží do provozu, nejedná-li se o zhotovení stavby, pokud tyto činnosti nejsou základním účelem veřejné zakázky, avšak jsou nezbytné ke splnění veřejné zakázky na dodávky. O veřejnou zakázku na služby se pak podle § 10 odst. 1 ZVZ jedná v případě veřejné zakázky, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce, přitom podle § 10 odst. 2 písm. a) ZVZ platí, že veřejnou zakázkou na služby je též veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě poskytnutí služeb rovněž poskytnutí dodávky podle § 8 ZVZ, pokud předpokládaná hodnota poskytovaných služeb je vyšší než předpokládaná hodnota poskytované dodávky.

Ke druhé podmínce z rozsudku Soudního dvora ve věci „*Komise proti Francii*“ zdejší soud dovozuje, že návaznost na soutěž o návrh musí být vykládána ve smyslu přímého funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a navazující veřejnou zakázkou.

Ke třetí podmínce pak z rozsudku Soudního dvora ve věci „*Komise proti Francii*“ zdejší soud dovozuje, že k jednacím řízení bez uveřejnění lze přistoupit tehdy, pokud pravidlo, podle kterého navazující veřejná zakázka musí být zadána vítězi soutěže o návrh, je stanoveno již v podmínkách (pravidlech) původní soutěže o návrh, přitom jde o pravidlo stanovené důvodně (zakázka na soutěž o návrh věcně navazuje a s ohledem na charakter plnění, které je předmětem navazující veřejné zakázky, musí být zadána vítězi soutěže o návrh). Nestačí tedy, že zadavatel v podmínkách soutěže o návrh pouze formálně stanoví, že navazující veřejná zakázka bude realizována vítězem soutěže o návrh, nýbrž i z věcného hlediska musí vítězství v soutěži o návrh nutně předurčovat realizátora plnění, které je předmětem na soutěž o návrh navazující veřejné zakázky.

První podmínka je tedy dána charakterem veřejné zakázky z pohledu jejího rozdělení na veřejné zakázky na dodávky, na služby a na stavební práce, zbylé dvě podmínky se nutně odvíjejí od přesného charakteru plnění, jež zadavatel poptával původní soutěží o návrh a navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění.

Ve vztahu k právě posuzované věci je tedy zapotřebí zkoumat, zda jsou všechny tři právě uvedené podmínky splněny, resp. zda se jimi žalovaný zabýval a zda je správně vyhodnotil.

Pokud jde o splnění první podmínky (tj. že jde o veřejnou zakázku na služby), žalovaný skutkový stav shrnul tak, že v jednacím řízení bez uveřejnění, navazujícím na soutěž o návrh, žalobce uzavřel s vybraným uchazečem dne 24.10.2008 smlouvu o dílo. Z toho, že byla uzavřena smlouva o dílo, ovšem nelze ještě bez dalšího usuzovat, zda se jednalo o dodávky ve smyslu § 8 ZVZ či služby ve smyslu § 10 ZVZ (popř. o stavební práce podle § 9 ZVZ). Podstatný je charakter plnění, ve vztahu k němuž byl příslušný smluvní typ smlouvy použit.

Žalovaný tento charakter plnění (souhrnně v bodu 6. napadeného rozhodnutí) popsal tak, že podle čl. 1 odst. 1 smlouvy o dílo se dílem rozumí „dodávka a montáž zdravotnické technologie včetně počítačové technologie, doprava a zaškolení obsluhy na zakázku „Rozšíření vybavení a propojení RDG pracovišť nemocnic ZHKHK“. Součástí takto specifikovaného „díla“ je oprávnění k výkonu práva užít počítačové programy PACS v rozsahu uvedeném v příloze č. 1 (oblast „SW PACS“) včetně dopravy, instalace, implementace a školení PACS s vyloučením práv dle § 12 odst. 4 a § 48 zák. č. 121/200 Sb., o právu autorském“. Podle přílohy č. 1 smlouvy o dílo jsou předmětem veřejné zakázky dodávky zde uvedených zdravotnických přístrojů, ve členění dle konkrétního zdravotnického zařízení. V příloze č. 1 smlouvy o dílo je rozčleněna cena za uvedené přístroje na „cenu za zboží“ a cenu za „zprovoznění, zaškolení, zkušební provoz, dopravu, instalaci, zkoušky dlouhodobé stability a validace“, přičemž je uvedena celková cena za „dodávky“ ve výši 107 813 824 Kč bez

DPH, dále 9% DPH (zboží, instalace, zprovoznění) ve výši 8 543 175 Kč a 19% DPH (zaškolení, zkušební provoz, doprava, zkoušky) ve výši 2 449 035 Kč. Celková cena za 1. etapu díla činí 118 806 034 Kč včetně 9 % a 19 % DPH. Dne 1. 6. 2009 uzavřel žalobce s vybraným uchazečem dohodu o narovnání práv a povinnosti ze smlouvy o dílo, které jsou v některých ohledech nejasné a sporné. Ze čl. III. dohody o narovnání vyplývá, že cena díla za 1. etapu je sjednána na 107 813 824 Kč bez DPH (118 806 034 Kč včetně DPH). Podle „preambule“ připojené k dohodě o narovnání práv a povinností je celková cena díla rozdělena do dvou částí na dodávky a služby. V „preambuli“ je dále uvedeno, že „vzhledem k povaze veřejné zakázky je převažující část plnění realizována formou služby, přičemž součástí ceny v rámci položky ‚zprovoznění, zaškolení, zkušební provoz, doprava, instalace, zkoušky dlouhodobé stability, validace‘ je především vypracování návrhu vybavení jednotlivých pracovišť, zahrnující provedení odborné specifikace jednotlivých zařízení, a to jak radiodiagnostických a ultrazvukových přístrojů, tak částí HW a SW (...)“. Ze čl. II. bodu 2 dohody o narovnání ze dne 1. 6. 2009 vyplývá, že pro 2. etapu díla je tato smlouva považována za smlouvu rámcovou, k jejímuž plnění je třeba samostatné dílčí smlouvy o dílo uzavřené v písemné formě mezi objednatelem (žalobcem) a zhotovitelem (vybraným uchazečem). Částka fakturovaná za realizaci předmětu plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem žalobci ve fakturách č. 12083876, č. 12090439, č. 12090775, č. 12091845 a č. 12092181 činila celkem 118 806 034 Kč včetně DPH.

Na to žalovaný navázal úvahou, sumarizovanou v bodu 7. napadeného rozhodnutí, o potřebě restriktivního výkladu podmínek podle § 23 odst. 6 ZVZ (kterou v obecné rovině zdejší soud nezpochybnuje, jak je uvedeno shora), přitom ve vztahu k samotnému charakteru plnění se otázkou, zda se jednalo skutečně o veřejnou zakázku na služby, konkrétně nezabýval. Okazoval na případy soutěží o návrh v oblastech architektonických či urbanistických a navazujících zadávacích řízení na stavební práce a na návrh řešení svozu odpadu a samotnou realizaci svozu odpadu, obojí však pouze obecně (zjevně v návaznosti na svoji dřívější rozhodovací praxi), bez vztahu k předmětu veřejné zakázky ve věci právě posuzované. Pokud pak v navazujícím bodu 8. napadeného rozhodnutí uzavřel, že v posuzované věci podmínky pro použití jednacního řízení (podle § 23 odst. 6 ZVZ) splněny nebyly, odůvodňoval to sice charakterem plnění, to však opět obecně sumarizoval jako „dodávka zdravotnických přístrojů, systému PACS a související činnosti“. Ani tu tedy nepostavil najisto, zda se v posuzované věci (ve věci veřejné zakázky, ohledně níž žalobce zvolil jednacím řízení bez uveřejnění) jednalo vůbec o veřejnou zakázku na služby, ve vztahu k níž by mohlo být jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 ZVZ využitelné.

Ani implicitně nelze z napadeného (ani jemu předcházejícího) rozhodnutí seznat, zda žalovaný měl skutečně najisto postaveno, že se jedná o veřejnou zakázku na služby, neboť i v argumentaci o potřebě „dopracování původního návrhu“ (bez ohledu na to, že tuto podmínku zdejší soud za podmínku aplikace § 23 odst. 6 ZVZ nepokládá – viz shora) se vyjadřoval k nesplnění této podmínky ve vztahu k dodávkám

hardware a k dodávkám zdravotnických přístrojů (jež mají být standardními hardwarovými výrobky), tedy zřejmě k „dodávkám“.

Rovněž podpůrný argument seznamem subdodavatelů žalovaný používá ve vztahu k „dodávkám“ přístrojů. Nadto dovozuje-li žalovaný žalobcovu povinnost zadávat veřejnou zakázku v rámci skutečné soutěže (tedy nikoli v jednacím řízení bez uveřejnění), dovozuje to souhrnně ve vztahu k „dodávkám“ i „službám“.

Konečně i v bodech 22. a 23. napadeného rozhodnutí hovoří o předmětu plnění nekonkrétně jako o „dodávkách a službách“ (ve smyslu ZVZ).

Pokud žalovaný na jednání soudu k jeho dotazu dovozoval, že úvaha ohledně charakteru veřejné zakázky z toho pohledu, zda se jedná o „dodávky“ nebo o „služby“, je obsažena v bodech 47. a 52. prvostupňového rozhodnutí, ani tam takovou úvahu zdejší soud nenalézá.

Z toho nelze než dovodit, že splnění první ze tří shora uvedených podmínek pro aplikaci § 23 odst. 6 ZVZ (podmínky, že se jedná o veřejnou zakázku na služby) není v napadeném ani jemu předcházejícím rozhodnutí předmětem jakékoli úvahy; žalovaný se touto otázkou fakticky nezabýval, ačkoli měl a musel, neboť jde o jednu ze tří podmínek, jejichž splnění by přivedilo možnost jednacím řízení bez uveřejnění využít.

Pokud by tato podmínka splněna nebyla, už z toho důvodu by bylo možno uzavřít, že žalobce jednacím řízení podle § 23 odst. 6 ZVZ použít nemohl, neboť (shora vyjmenované tři) podmínky obsažené v § 23 odst. 6 ZVZ jsou podmínkami kumulativními.

Pokud jde o druhou podmínku, kterou je „ná vaznost na soutěž o návrh“, k ní žalovaný argumentoval v tom směru, že „ná vaznost“ dána nebyla, neboť předmět veřejné zakázky nespočíval v dopracování projektu nebo plánu, který zvítězil v předchozí soutěži o návrh.

Tuto podmínku, jak shora uvedeno, ovšem nezná ani § 23 odst. 6 ZVZ, ani ji takto coby podmínku výkladu „ná vaznosti“ nepostavil Soudní dvůr ve věci žalovaným zmiňované („*Komise proti Francii*“). Posouzení přímého funkčního vztahu mezi výsledkem soutěže o návrh a plněním, jež na ni navazuje a jež je předmětem navazujícího jednacím řízení bez uveřejnění, se tedy neomezuje pouze na posouzení otázky, zda plnění, jež je předmětem navazující veřejné zakázky, „dopracovává“ či nikoli (byť zřejmě mohou nastat případy, kdy posléze požadované plnění bude původní plnění „dopracovávat“, není to ovšem znakem, který by měl být pro naplnění podmínky „funkčního vztahu“ jedině určujícím). Tato úvaha žalovaného tedy sama o sobě obstát nemůže, přitom neuvedl-li žalovaný ohledně nedostatku přímého funkčního vztahu obou plnění nic jiného, než že není splněn proto, že posléze poptávané plnění „nedopracovává“ původní návrh, i zde je třeba uzavřít, že ani druhou

ze tří podmínek použití jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 ZVZ se žalovaný řádně nezabýval.

Zákaz rozšiřujícího výkladu ve vztahu k podmínkám použití jednacního řízení bez uveřejnění (obecně ve vztahu k jakýmkoli jednacím řízením bez uveřejnění, a tedy i k tomu, jež má být realizováno za podmínek § 23 odst. 6 ZVZ) tedy žalovaný akcentoval správně. Taktéž správně žalovaný v obecné rovině vycházel z potřeby zkoumat existenci přímého funkčního vztahu mezi výsledkem původní soutěže o návrh a navazujícím plněním, jež je samostatnou veřejnou zakázkou. Správně rovněž žalovaný poukázal na nejednoznačnost pojmu „návaznost na soutěž o návrh“. Otázkou přímého funkčního vztahu, jež je pro vyslovení závěru o návaznosti posléze zadávaného plnění na soutěž o návrh otázkou klíčovou, se však žalovaný fakticky nezabýval. Vyjma (nesprávné) úvahy v tom směru, že návaznost je dána pouze v případě, kdy plnění, jež je předmětem navazující veřejné zakázky, „dopracovává“ soutěž o návrh, žalovaný nepodal žádnou konkrétní úvahu ohledně věcné provázanosti výsledku soutěže o návrh a předmětu navazujícího zadávacího řízení, tj. nezabýval se tím, nakolik lze na obě plnění nahlížet jako na celek, který je nutně realizovatelný pouze jedním dodavatelem.

Nelze dát totiž zapravdu závěru žalovaného obsaženému v bodu 22. napadeného rozhodnutí, podle něhož byl „správně zkoumán“ obsah smlouvy o dílo. Žalovaný totiž pouze cituje ze smlouvy (a z jejích příloh), z faktur a ze seznamu subdodavatelů (podrobně od bodu 25. do bodu 38. prvostupňového rozhodnutí, sumarizačně v bodech 6. a 22. až 24. napadeného rozhodnutí) a nehledě k tomu, že z těchto citací nedovozuje žádná podrobná skutková zjištění ohledně charakteru plnění (tj. zda jde o veřejnou zakázku na „dodávky“ nebo na „služby“), nedovozuje z nich ani žádná podrobná skutková zjištění ohledně samotného charakteru plnění původního (které bylo předmětem soutěže o návrh) ani plnění navazujícího (které bylo předmětem navazujícího jednacního řízení bez uveřejnění). Hovoří sice o tom, že dodávky jednotlivých přístrojů by mohlo realizovat více dodavatelů, věcně se však nevyjadřuje k žalobcovu tvrzení, že specifika celého plnění umožňují tyto dodávky realizovat pouze vítězem soutěže o návrh. Bez srozumitelně podaných skutkových zjištění logicky musí chybět i jakákoli skutková i právní argumentace jak ve vztahu k tomu, zda se v případě navazujícího plnění jednalo o „dodávky“ či „služby“, tak ve vztahu k tomu, nakolik lze či nelze plnění navazující stavět do přímého funkčního vztahu s plněním, jež bylo předmětem (a výsledkem) původní soutěže o návrh.

Pokud tedy žalovaný argumentuje tím, jaké dodávky byly předmětem plnění veřejné zakázky (bod 23. napadeného rozhodnutí), pak z napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí je patrný pouze jejich výčet, nikoli srozumitelné a přezkoumatelné hodnocení z pohledu věcného charakteru a nezbytné provázanosti s výsledkem původní soutěže o návrh. Pokud podle žalovaného neobstojí argumentace žalobce, že jednotlivé komponenty byly jen jednou součástí komplexního řešení navrženého v rámci předchozí soutěže o návrh (bod 23. napadeného rozhodnutí), pak ze žádné přezkoumatelné úvahy žalovaného neplyne, proč tomu tak není.

Jestliže žalovaný dovozuje, že žalobce své tvrzení neopírá o žádné konkrétní argumenty, pak text na konci sedmé strany žalobcova rozkladu je skutečně stejně obecným, jako tvrzení v žalobě (na konci sedmé a začátku osmé strany), a žádnou konkrétní argumentaci, která by mohla žalovaného a zdejší soud přesvědčit o nezbytnosti plnění, které bylo předmětem jednacního řízení bez uveřejnění, toliko vítězem soutěže o návrh (což by mohlo vést k závěru o naplnění druhé a třetí ze shora uvedených tří podmínek), tedy žalobce skutečně nepřinesl ani žalovanému, ani zdejšímu soudu. Nutno však uvést, že pokud žalovaný tuto otázku nepokládal za nosnou, její neplnění nikterak neargumentoval a o její nesplnění svůj závěr o nemožnosti použití jednacního řízení bez uveřejnění konkrétně neopíral, nebylo, k čemu by se měl žalobce v konkrétnější míře vyjadřovat, resp. jaké pochyby žalovaného by měl svojí konkrétnější argumentací rozptýlovat. Ostatně ani vyzván k tomu žalovaný nebyl (a má logiku, že vyzván být ani nemohl, když tuto otázku žalovaný za nosnou nepokládal). Jde-li však o jednu z nosných otázek, pak jestliže žalobce v návaznosti na své tvrzení už v průběhu správního řízení poukazyval na potřebu odborného posouzení souvislostí, které mělo tuto jeho argumentaci potvrdit, bylo na žalovaném, aby žalobce ke konkretizaci jeho verze o konkrétní přímé funkční souvislosti vyzval, aby ji pak mohl kvalifikovaně (a třeba i za použití externích odborných analýz, nemá-li k posouzení této otázky dostatečných odborných znalostí) a srozumitelně vypořádat. Jinými slovy: žalovaný musel dát žalobci prostor k tomu, aby svoje důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 6 ZVZ unesl, tedy musel mu dát prostor k tomu, aby konkrétní skutkové okolnosti, z nichž by pramenilo splnění přímé funkční souvislosti, žalovanému tvrdil a mohl označit důkazy k prokázání těchto svých tvrzení, to vše přitom v dostatečné míře konkrétnosti.

Nehledě k právě uvedenému nelze opomenout, že odmítnutí veškeré argumentace žalobce k provázanosti obou plnění bylo založeno na (nesprávném) závěru žalovaného, že plnění navazující veřejné zakázky „nedotvářelo“ původní návrh (viz shora); proto ani z tohoto pohledu nemůže obstát.

Je sice pravdou, že je vždy na zadavateli, který se hodlá použitelnosti jednacního řízení bez uveřejnění dovolávat, aby prokázal, že je výjimka odůvodněna skutečně existujícími výjimečnými okolnostmi, žalobce potřebou jednoho dodavatele argumentoval (ve třetím a čtvrtém odstavci na sedmé straně rozkladu) a bylo na žalovaném, aby se touto otázkou korektně zabýval. Neučinil-li tak a je-li i ze žalovaným sumarizovaného plnění, jež bylo předmětem navazující veřejné zakázky, patrné, že jde o dodávky i o služby, nemůže bez jakékoli bližší argumentace, z níž by plynula míra provázanosti plnění, obstát obecný závěr žalovaného, podle něhož v případě zdravotnických přístrojů jde o běžné, byť specializované zboží, jež bylo lze poptávat po různých dodavatelích.

Není tedy najisto postaveno, co konkrétně bylo výsledkem původní soutěže o návrh a nakolik s ním bylo navazující plnění, jež zjevně nespočívalo v pouhých izolovaných dodávkách, přímo funkčně provázáno. Teprve bylo-li by to najisto postaveno, lze odpovědět na otázku související se splněním třetí podmínky, a sice zda

již v soutěži o návrh bylo důvodně stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi soutěže o návrh.

Ze shora uvedeného tedy plyne, že je třeba dát žalobci zapravdu v tom, že žalovaný svůj závěr postavil na nesprávném východisku, že plnění, které je předmětem veřejné zakázky navazující na předchozí soutěž o návrh, má-li být využito § 23 odst. 6 ZVZ, musí být vždy tvůrčím (ideovým) dopracováním návrhu či projektu. Rovněž je třeba dát žalobci zapravdu v tom, že podmínku přímého funkčního vztahu navazujícího plnění a původní soutěže o návrh nelze omezovat pouze na „dotváření“, jak dovodil žalovaný. Závěr žalovaného ohledně nedostatku přímého funkčního vztahu není založen na srozumitelně podaných skutkových zjištěních, jež by měla oporu ve správním spise a jež by byla následně předmětem konkrétních úvah, a tedy žalobci je třeba dát zapravdu i v tom, že napadené rozhodnutí trpí nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů.

Žaloba je tedy důvodná, zčásti z důvodu nezákonnosti způsobené nesprávným výkladem § 23 odst. 6 ZVZ v otázce podmínek jeho aplikace, zčásti z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů souvisejících s naplněním tam uvedených podmínek. Shora uvedené vede k nutnosti napadené rozhodnutí zrušit podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a k vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. Za tohoto stavu se zdejší soud již nezabýval další dílčí žalobní argumentací včetně argumentace ve vztahu k uložené pokutě.

V dalším řízení bude zapotřebí se zabývat především samotným charakterem soutěže o návrh a plněním, jež bylo jejím výsledkem, a charakterem plnění, jež bylo podáváno v navazujícím zadávacím řízení. Vycházet bude třeba z toho, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 ZVZ lze využít za předpokladu, že se jedná se o veřejnou zakázku na služby, že k jejímu zadávání dochází v návaznosti na soutěž o návrh a že již v soutěži o návrh bylo důvodně stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. Aby mohl žalovaný dospět k závěru o nesplnění těchto podmínek, musí nejprve najisto postavit, co bylo předmětem obou postupně poptávaných plnění a jaký je mezi nimi funkční vztah.

Proto bude zapotřebí nejprve zjistit a srozumitelně podat, zda se vůbec jednalo o veřejnou zakázku na služby. Pokud se nejednalo o veřejnou zakázku na služby, nebude třeba se zabývat dalšími z podmínek podle § 23 odst. 6 ZVZ, neboť ty musí být pro využití jednacího řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení splněny kumulativně.

Pokud se jednalo o veřejnou zakázku na služby, bude zapotřebí shromáždit dostatečný podklad k zodpovězení otázky návaznosti na původní plnění ve shora vyloženém smyslu přímého funkčního vztahu, z něj učinit odpovídající skutková zjištění a ta pak právě vyhodnotit.

Z tohoto hodnocení pak zároveň vyplývá odpověď na otázku, zda již v soutěži o návrh bylo důvodně stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi, což bude i vypořádáním argumentace žalobce vztahující se k zákonnému provedení původní soutěže o návrh (tedy i zákonně stanoveného pravidla, podle něhož musí být navazující veřejná zakázka zadána vítězi soutěže o návrh).

Potřebu zrušení i předchozího prvostupňového rozhodnutí podle § 78 odst. 3 s.ř.s. zdejší soud neshledal; tato otázka předně závisí na posouzení potřeby doplnění podkladu rozhodnutí a jeho rozsahu předsedou žalovaného v rámci řízení o rozkladu.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalovaný ve věci úspěšným nebyl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřisluší. To přísluší žalobci.

Z obsahu soudního spisu plyne, že žalobci vznikly náklady za zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč a za náklady spojené s právním zastoupením ve výši 16 907 Kč (čtyři úkony právní služby – převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky a účast na jednání soudu – společně se čtyřmi režijními paušály podle § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, z toho ve vztahu k prvním třem úkonům ve znění účinném do 31.12.2012 a ve vztahu ke čtvrtému úkonu ve znění účinném od 1.1.2013, celkem tedy 3 x 2 100 Kč + 3 x 300 Kč, 1 x 3 100 Kč + 1 x 300 Kč, to vše s navýšením o částku odpovídající DPH (zástupce žalobce prokázal, že je jejím plátcem), společně s náklady za cestovné Praha – Brno – Praha (2 x 209 km vozidlem RZ 9A7 1466, kopie TP doložena) ve výši 2 871 Kč včetně DPH a s náhradou za ztrátu času na cestě k jednání a zpět ve výši 1 210 Kč včetně DPH, celkem tedy 12 826 Kč + 2 871 Kč + 1 210 Kč). Právo na jejich náhradu ve výši 19 907 Kč tedy zdejší soud přiznal žalobci k tíži žalovaného a k zaplacení stanovil přiměřenou lhůtu.

P o u č e n í :

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

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). 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.

V Brně dne 3.10.2013

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Eva Drlová