



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **Oblastní nemocnice Mladá Boleslav, a.s., nemocnice Středočeského kraje**
sídlem třída Václava Klementa 147, Mladá Boleslav
zastoupen JUDr. Davidem Karabcem, MPA, LL.M., advokátem
sídlem Na stráži 1306/5, Praha 8

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.1.2022,
č.j. ÚOHS-41635/2021/162/JSr, sp.zn. ÚOHS-R0175/2021/VZ,

takto:

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

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce zadával v otevřeném řízení veřejnou zakázku „Zvýšení kybernetické bezpečnosti Klaudiánovy nemocnice – operační systém – opakovaná“.
2. Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím ze dne 18.10.2021, sp.zn. ÚOHS-S0221/2021/VZ, č.j. ÚOHS-35057/2021/500/AIV, rozhodl, že žalobce se při zadávání této veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), neboť stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ ve spojení se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 2 ZZVZ, a to tím, že předmět plnění veřejné zakázky vymezil tak, že jeho součástí bylo jak poskytnutí 800 ks licencí Windows 10 Professional na zařízení – trvalá licence Windows Pro Dev UpLic v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement, tak poskytování doplňkových služeb spojených s užíváním software, čímž vymezil předmět plnění veřejné zakázky natolik široce, že v důsledku této skutečnosti došlo k omezení okruhu dodavatelů, neboť někteří z dodavatelů nemuseli být s ohledem na konkrétní požadavky žalobce související s předmětem plnění veřejné zakázky (požadavek na poskytnutí software v rámci multilicenčního programu Microsoft Product and Service Agreement a poskytování doplňkových služeb spojených s užíváním software) schopni nabídnout všechna plnění, jež byla do předmětu plnění veřejné zakázky zahrnuta, přestože by jinak, pokud by žalobce jednotlivá plnění předmětu veřejné zakázky poptával samostatně, na konkrétní část předmětu plnění veřejné zakázky nabídku podat mohli; žalobce přitom již (dne 13.4.2021) uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Za to byla žalobci uložena pokuta ve výši 70 000 Kč.
3. Předseda žalovaného pak nyní napadeným rozhodnutím uvedené prvostupňové rozhodnutí potvrdil a žalobcův rozklad zamítl.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

4. Žalobce tvrdí, že je napadené rozhodnutí nezákonné, neboť žalobce (v rámci jedné veřejné zakázky) ani nepoptával různorodé a nesouvisející plnění, ani nebyly splněny podmínky pro rozdělení veřejné zakázky podle § 101 ZZVZ. K čerpání doplňkových služeb spojených s užíváním software smlouva žalobce nezavazovala. Plnění jako celek žalobce poptával z důvodu bezpečnosti a funkčnosti, vymezení předmětu veřejné zakázky okruh dodavatelů neomezovalo a nebylo v technickém a ekonomickém zájmu žalobce, aby někteří dodavatelé mohli nabídnout pouze část poptávaného plnění. Rozhodnutí žalovaného podle žalobce neodpovídá okolnostem případu a požadavku proporcionality. Žalovaný se nevypořádal s argumentací žalobce stran potřeby zajistit bezpečnost provozu nemocnice a ochranu zdraví pacientů.
5. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

6. Žalovaný plně setrvává na závěrech obsažených v napadeném rozhodnutí, neboť žalobce podle názoru žalovaného opakuje argumenty, s nimiž se žalovaný v napadeném rozhodnutí vypořádal, odkazuje na tyto závěry a žalobu coby nedůvodnou navrhuje zamítnout.
7. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

8. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“), včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.) a je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Zdejší soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.)

podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.) a bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

9. Klíčovou (jedinou) otázkou v nyní posuzované věci je, zda žalobce porušil ZZVZ (konkrétně jeho § 36 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 2) tím, že vymezil předmět plnění veřejné zakázky natolik široce, že v důsledku této skutečnosti došlo k omezení okruhu dodavatelů.
10. Podle § 6 odst. 2 ZZVZ musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat (mimo jiné) zásadu zákazu diskriminace. Podle § 36 odst. 1 ZZVZ nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
11. Vymezení předmětu veřejné zakázky je zadávací podmínkou. Bezdůvodné omezení okruhu dodavatelů (způsobilých se ucházet o veřejnou zakázku) vyplývající z jakékoli zadávací podmínky (tedy i z vymezení předmětu veřejné zakázky) může ústít v konkurenční výhodu určitých dodavatelů a tím současně vytvářet bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. Judikatura správních soudů konstantně dovozuje, že při zadávání veřejných zakázek je třeba zachovat adekvátní konkurenční prostředí a postupovat tak, aby nedošlo k nedůvodnému zúžení okruhu potenciálních zájemců o veřejnou zakázku (dodavatelů). Za skrytou diskriminaci je třeba považovat (mimo jiné) právě situaci, kdy někteří z dodavatelů mají bez rozumných důvodů a priori znemožněno účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS). Neumožní-li zadavatel bez oprávněných potřeb veřejné zakázky podávání nabídek na části plnění, upře tak možnost ucházet se o veřejnou zakázku těm dodavatelům, kteří by byli schopni podat nabídky na dodání jednotlivých částí plnění, které byly předmětem veřejné zakázky, nebyli však schopni dodat současně veškeré plnění, čímž vytvoří neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže, v důsledku čehož může být ovlivněn průběh zadávacího řízení, a tedy i výběr nejhodnější nabídky (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3.9.2015, č.j. 3 As 212/2014-36).
12. V nyní posuzované věci byl předmět plnění vyjádřen (podle bodu I.1 návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky) tak, že se poskytovatel (dodavatel) zavazuje dodat „Zákazníkovi“ (tj. zadavateli – žalobci) licence (rozmnoženiny počítačového programu) Windows 10 Professional na zařízení – trvalá licence „Windows Pro Dev UpLic, 800 kusů“, včetně případných instalačních médií a licenčního klíče a zajistit, že zákazník získá v rámci dodávky možnost nabytí právo opravňující jej k užívání Software. Podle bodu I.2 návrhu smlouvy se pak poskytovatel (dodavatel) „*zavazuje poskytovat pro zákazníka doplňkové služby spojené s užíváním SW dle potřeb zákazníka. Cena za 1 člověkodenní je Kč bez DPH. Doplňkové služby budou poskytovány na základě dílčích objednávek zákazníka vystavených na základě kalkulace Poskytovatele. Tato smlouva nezavazuje zákazníka k čerpání těchto doplňkových služeb. Přehled doplňkových služeb je uveden v příloze č. 1. této smlouvy. Služby budou poskytovány výhradně certifikovanými technikami Poskytovatele uvedenými v příloze č. 2 Smlouvy*“. V příloze č. 1 návrhu smlouvy byla uvedena tabulka doplňkových služeb stanovených v bodě I.2 návrhu smlouvy. Těmito službami byly „Konzultace v oblasti licenční podpory produktů - Software Asset Management“ (tato služba bude poskytovat komplexní licenční poradenství k zakoupeným i plánovaným produktům Microsoft v českém jazyce certifikovanými pracovníky dodavatele (dle aktuálních certifikačních standardů a požadavků společnosti Microsoft), „Poskytování poradenství v oblasti nejvhodnějšího modelu licencování v rámci Volume Licensing programů“ (tato služba bude poskytovat komplexní licenční poradenství k Volume Licensing programům v českém jazyce. Vysvětlí odlišné podmínky užití programových produktů s ohledem na efektivní a optimální využití finančních prostředků. Kvalifikovaní pracovníci s příslušnou certifikací budou poskytovat poradenské služby na místě), „Konzultační a poradenské služby související s uplatněním produktů v prostředí zadavatele“ (předmětem této služby je zabezpečení odborných prací certifikovanými konsultanty v oblasti nasazení softwarových produktů informačních

systémů, hardwarového a softwarového prostředí zadavatele. Jedná se například o analýzu prostředí z hlediska možností nasazení vhodných produktů a scénářů, zajištění nasazení nových edic produktů apod.), „migrační a konfigurační služby“ (tato služba zahrnuje odborné technické práce prováděné certifikovanými pracovníky dodavatele v prostředí zadavatele. Například zprovoznění, nastavení, konfigurování, správy, profilaxe nebo jiných služeb dle požadavků zadavatele. Součástí je i projektové řízení daného konkrétního projektu). Vše uvedené (bod I.1 i bod I.2 návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky) tvoří předmět veřejné zakázky. Ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 12.2.2021 pak vyplývá, že žalobce hodnotil pouze jednu nabídku dodavatele, s níž pak uzavřel smlouvu.

13. Žalovaný vyšel ze dvou předpokladů pro povinnost zadavatele rozdělit veřejnou zakázku: předmět veřejné zakázky je vymezen natolik široce (byť se stále jedná o jednu veřejnou zakázku), že jej může dodávat pouze omezený počet dodavatelů, zatímco jeho jednotlivé části by bylo schopno dodat dodavatelů více, a plnění není nutno z technických a ekonomických důvodů poptávat jako plnění jediné (společné). Oba předpoklady přitom žalovaný pokládal za splněné, neboť především z jím učiněných skutkových zjištění vyplynulo, že na trhu poskytování licencí software působí široké spektrum dodavatelů, v němž existuje i kategorie dodavatelů, kteří jsou schopni nabídnout licence tak, jak poptával žalobce, rovněž existuje velmi široké spektrum dodavatelů poskytujících doplňkové služby související s nákupem a užíváním software, jako jsou doplňkové služby poptávané žalobcem, avšak tyto dodavatele současně nejsou schopni nabídnout licence; druhá z uvedených skupin dodavatelů je přitom podle skutkových zjištění žalovaného podstatně větší než skupina první, a pokud by tedy žalobce podle žalovaného poptával dodávku licencí a poskytování souvisejících služeb odděleně, mohla by být situace odlišná, neboť soutěž by byla otevřenější pro více dodavatelů. Současně učinil žalovaný skutkové zjištění, že uvedené dvě skupiny plnění jsou na sobě zcela nezávislé, a není tudíž nezbytně (technicky) třeba, aby je poskytoval jeden dodavatel; poskytnutí doplňkových služeb není věcně ani funkčně provázáno s dodávkou licencí. Z toho žalovaný uzavřel, že neexistuje žádný důvod, aby tato vzájemně úzce nesouvisející plnění byla poptávána v rámci jediného předmětu veřejné zakázky, aniž by byla stanovena možnost dílčího plnění, neboť vyplynul-li z průzkumu trhu provedeného žalovaným nějaký výslovně zmíněný důvod, pro který by obě skupiny plnění měly být poskytovány jediným dodavatelem, pak to byla pouze obecně zmíněná skutečnost, že je jednodušší komunikovat toliko s jediným dodavatelem. S těmito východisky žalovaného i se závěry, jež mají v podkladech rozhodnutí oporu, zdejší soud souhlasí.
14. Argumentuje-li žalobce v tom směru, že k čerpání doplňkových služeb spojených s užíváním software smlouva žalobce nezavazovala, pak s ním zdejší soud souhlasí (stejně jako s ním souhlasil žalovaný), neboť základní (jistou) částí plnění podle smlouvy byla pouze dodávka licencí a nikoli poskytování doplňkových služeb. I ty však byly součástí předmětu plnění (podle celého bodu I. návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky). Jejich poskytování mohl žalobci nabídnout jen ten dodavatel, který mu současně nabízel dodání licencí. Staví-li tedy žalobce svoji obranu proti rozhodnutí žalovaného na údajném přesvědčení, že je třeba, aby implementaci licencí (coby součást doplňkových služeb) prováděl tentýž dodavatel, který tyto licence dodal (a proto jde podle žalobce o nedělitelné plnění), pak poukaz na skutečnost, že využití doplňkových služeb je fakultativní (tedy že není jisté, zda k jeho poskytnutí na základě smlouvy dojde, neboť si je žalobce nemusí na základě uzavřené smlouvy objednat), by byl naopak argumentem proti závěru, že dodávka licencí a poskytování doplňkových služeb je plněním nedělitelným.
15. Tvrdí-li žalobce, že k poptávce obojího plnění jako nedělitelného má vést zohlednění bezpečnostního a funkčního hlediska a potřeby ochrany pacientů, pak toto tvrzení (které žalobce přednášel již žalovanému ve správním řízení) není nikterak konkretizováno, nadto je v rozporu se skutkovými zjištěními žalovaného vyplývajícími z odpovědí dotazovaných dodavatelů včetně Microsoftu; tyto odpovědi procházející správním spisem poskytují dostatečně vypovídající obraz o situaci na trhu a žalobce je ani nikterak nezpochybňuje. Závěr žalovaného o tom, že obě

skupiny plnění (dodávka samotných licencí na straně jedné a poskytování tzv. doplňkových služeb na straně druhé) nejsou provázány ani z funkčního, ani z bezpečnostního hlediska, je tudíž na základě opatřeného podkladu rozhodnutí oprávněný. Argument ohledně vztahu plnění jako nedělitelného (jeho poptávky jako celku) a ochrany pacientů zazněl od žalobce rovněž jen coby obecný a proklamativní (tvrzení, že žalobce musel požadovat veškeré plnění jako celek, protože byl „nutný pro včasnou a bezchybnou implementaci celého řešení do infrastruktury žalobce“, je tvrzením bezobsažným). Argumentace bezpečnostními a funkčními hledisky a potřebou ochrany pacientů (jakkoli je nekonkrétní) pak nadto není ze strany žalobce dobře hájitelná za situace, kdy žalobce současně tvrdí, že tzv. doplňkové služby, jejichž navázání na samotnou dodávku licencí má být právě odůvodňováno těmito hledisky, požadovat nemusí a možná ani nebude.

16. Dovolává-li se žalobce svého ekonomického zájmu, jenž měl být jeho poptávkou po plnění (podle celého bodu I. návrhu smlouvy na plnění veřejné zakázky) jako nedělitelném šetřen a jehož nezohlednění nemá podle žalobce odpovídat požadavku proporcionality, pak ani tento argument žalobce nikterak nekonkretizuje, nadto jde o tvrzení, jež je v rozporu se skutkovými zjištěními žalovaného stran vzájemné funkční nezávislosti obou plnění a stran okruhu dodavatelů způsobilých poskytovat pouze doplňkové služby. Jestliže je okruh těchto dodavatelů širší než okruh těch dodavatelů, kteří jsou vedle poskytování těchto služeb způsobilí i dodat licence, pak – aniž by žalobce jakkoli konkretizoval úvahu, jež jej v jeho situaci k závěru o ekonomickém přínosu poptávky plnění jako celku měla vést – lze rozumně předpokládat, že širší soutěž o poskytování tzv. doplňkových služeb (možnost více dodavatelů podat na tuto část plnění nabídku) by ekonomický zájem žalobce mohla lépe respektovat.
17. Tvrdí-li žalobce, že se na něj nevztahuje § 101 ZZVZ, pak tato část argumentace se s důvody napadeného rozhodnutí míjí. Porušení tam stanoveného pravidla totiž nebylo žalobci vytýkáno, nadto žalovaný v napadeném rozhodnutí (k obdobnému rozkladovému argumentu žalobce) přiléhavě vysvětlil, že (jakkoli nebylo žalobci porušení § 101 ZZVZ vytýkáno), postup podle uvedeného ustanovení ZZVZ mohl být jen jednou z možností žalobce, jejíž využití by směřovalo k tomu, aby dodavatelé (nakonec jen jediný dodavatel) neměli povinnost podávat nabídky na jeden nepřiměřeně široce vymezený předmět plnění, což může mít za následek, že se někteří dodavatelé soutěže nezúčastní.
18. Má-li pak žalobce za to, že žalovaný v napadeném rozhodnutí nerozvíjel úvahu, zda postup žalobce byl nesprávný, byl-li nezákonný (neboť pouze správné řešení může být podle žalobce řešením zákonným), pak takovou úvahu žalovaný v napadeném rozhodnutí vést nemusel. Z napadeného rozhodnutí jasně plyne, že (a proč) byl postup žalobce nezákonný, přitom údajnému narušení rovnováhy mezi zákonností a správností vůbec nic nenasvědčuje. Uvedl-li žalovaný zcela srozumitelně důsledky bezdůvodného omezení okruhu dodavatelů (způsobilých se ucházet o veřejnou zakázku pouze jako o celek) v situaci, kdy přesvědčivě zdůvodnil, proč o plnění nedělitelné nešlo, pak se napadené rozhodnutí neprotiví ani požadavku proporcionality, jehož se žalobce rovněž (byť jen obecně) dovolává.
19. Žalovaný tedy vyšel ze skutkových zjištění, jež mají oporu ve správním spisu, a jeho závěr je zákonný a náležitě odůvodněný. K žalobním argumentům, jež se téměř shodují s předchozími argumenty rozkladovými a jež byly napadeným rozhodnutím zcela vypořádány, by zdejší soud mohl odůvodnění napadeného rozhodnutí odcitovat, případně parafrázovat, namísto toho na ně zdejší soud v podrobnostech odkazuje, neboť v mezích uplatněných žalobních bodů nahlíží na posouzení věci zcela shodně jako žalovaný. Žalovaný podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Zdejší soud tak neshledal žalobní argumentaci důvodnou a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil ani žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by

musel přihlížet z úřední povinnosti. Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

20. Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, náhradu žádných nákladů ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Poučení:

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

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 9. března 2023

David Raus v.r.
předseda senátu