



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

žalobce: **Město Cheb**
sídlem náměstí Krále Jiřího z Poděbrad 1/14, 350 02 Cheb
právně zastoupen Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem
sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 12.12.2016, č.j. ÚOHS-R0153/2016/VZ-48594/2016/323/PMo

takto:

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

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2016, č. j. ÚOHS-R0153/2016/VZ-48594/2016/323/PMo, byl podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 5. 2016, č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-19337/2016/543/JWe (dále také „prvostupňové rozhodnutí“). Tímto rozhodnutím žalovaný shledal žalobce vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 30. 9. 2016 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) a uložil mu pokutu ve výši 300 000 Kč. Správního deliktu se měl žalobce dopustit tím, že jako zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Turistické využití levého břehu Ohře“ v užším řízení nedodržel postup stanovený v § 6 zákona o veřejných zakázkách a § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném ke dni 16. 2. 2012, neboť ve výkazu výměr uvedl požadavky na dodání konkrétních výrobků, což vedlo ke znevýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.

II. Stanoviska účastníků řízení a předcházející rozhodnutí soudů

2. Žalobce se domáhá zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že žalovaný pouze konstatuje, že použití odkazů na konkrétní výrobky nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, aniž by se tím konkrétněji zabýval. U krajinné architektury je mobiliář jedním z mála prostředků, jak docílit kvality prostředí pro pobyt lidí. Z toho důvodu byly zvoleny atypické prvky a ostatní prvky mobiliáře byly sladěny s tímto záměrem. Protože nebyly známy jiné výrobky podobného vzhledu a kvality, byly uvedeny konkrétní výrobky. Projektant navrhl použití velmi atypických laviček, které jsou klíčovými prvky architektonického ztvárnění. I kdyby je popsal prostřednictvím náskresů, je zřejmé, že je jiný výrobce pravděpodobně nevyrábí. V případě sedacích kamenů byly parametry specifikovány ve výkresové části, kterou byl katalogový list konkrétního výrobce. Účelem nebylo neumožnit dodání sedacích kamenů jiného výrobce. Příložený katalog s technickými náskresy bylo nejsrozumitelnějším způsobem, jak projektant mohl vyjádřit požadavky. Předmět veřejné zakázky byl specifický natolik, že odůvodňoval použití příznačných názvů. Dodání výrobků jiných výrobců vyloučeno nebylo. Žalovaný se touto argumentací dostatečně nezabýval. Ohledně odkazu u tepelného čerpadla a elektrokotle se jedná o prvky navázané na výpočet specializovaného projektanta, který stvrzuje funkčnost celé otopné soustavy, kde jednotlivé prvky musí být navzájem kompatibilní.
3. Dále žalobce namítá nezákonnost stanovení sankce. Prvostupňové rozhodnutí je v této části nepřezkoumatelné, žalovaný se dopustil dvojího přičítání k tíži žalobce, nezabýval se konkrétními následky, způsobem a okolnostmi spáchání deliktu. Argumentace žalovaného pouze opakuje skutečnosti, na kterých žalovaný založil závěr o naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Jestliže žalovaný bere v úvahu skutečnost, že postupem žalobce mohlo dojít k omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídky

s výhodnějšími podmínkami, pak bere v úvahu něco, na čem založil svůj závěr o spáchání správního deliktu. Dopustil se tak dvojího přičítání k tíži žalobce.

4. Žalovaný ve svém vyjádření odkazuje na příslušné pasáže napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby soud žalobu zamítl. Dostatečně se zabýval tím, že předmět veřejné zakázky nebyl natolik specifický, že by jej nebylo možné pospat pomocí obecných charakteristik. Žalovaný posuzoval všechna zákonná hlediska pro uložení sankce a její výši řádně zdůvodnil. Za přitěžující okolnost nepovažoval skutečnost, která by byla zároveň součástí zákonné skutkové podstaty správního deliktu.
5. Ve své replice žalobce poukázal na to, že žalovaný pouze odkazuje na napadené rozhodnutí bez toho, aby se vyjádřil k námitkám a argumentům žalobce. Odůvodnění výše pokuty bylo pouze zopakováním skutkových zjištění, a je tedy nepřezkoumatelné.
6. V rámci ústního jednání dne 26. 9. 2018 žalobce uplatnil námitky, že před novelizací zákonem č. 55/2012 Sb. zákon o veřejných zakázkách nepožadoval výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů a že žalovaný náležitě nezkoumal a neposuzoval splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky.
7. Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 10/2017-61, žalobu zamítl, neboť námitky uplatněné v žalobě neshledal důvodnými. K námitkám uplatněným v rámci ústního jednání uzavřel, že se jedná o námitky zcela nové, a jelikož byly uplatněny po lhůtě pro podání žaloby, jednalo se o námitky opožděné.
8. Na základě kasační stížnosti žalovaného tento rozsudek krajského soudu zrušil Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 16. 9. 2019, č. j. 5 As 329/2018-34. Dospěl totiž k závěru, že námitky uplatněné v rámci ústního jednání představovaly toliko konkretizaci již uplatněného žalobního bodu. K první z námitek uvedl následující: „*Správní žalobou stěžovatel zcela jednoznačně brojil proti nesprávnému posouzení naplnění skutkové podstaty deliktu, jehož se měl podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách dopustit, proto námitky týkající se nenaplnění skutkové podstaty správního deliktu, ať již důvodu neexistence povinnosti výslovného umožnění použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení při plnění veřejné zakázky nebo z důvodu nenaplnění podmínek podstatného dopadu postupu stěžovatele na výběr nejvhodnější nabídky, nelze vykládat jako nová tvrzení. Odkaz na odlišnost znění zákonného ustanovení je tak pouze právní argumentací vztahující se k již řádně uplatněnému žalobnímu bodu. Co se týče druhé z uplatněných námitek, jedná se rovněž o zpochybnění naplnění zákonné podmínky (hypotézy právní normy), která byla použita a jejíž nepřipadnou aplikaci na skutkový stav stěžovatel napadá [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách]. Ze správního spisu vyplývá, že správní řízení bylo se stěžovatelem zahájeno z důvodu, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, tím se měl dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Je pravdou, že žalobní argumentaci stěžovatel směřoval zejména k vymezení specifického předmětu veřejné zakázky, pročez měl za splnění podmínky § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách; současně však výslovně namítal i to, že dodání výrobků jiných výrobců nebylo nikde v zadávacích podmínkách vyloučeno (str. 5, třetí odstavec žaloby), jinými slovy uvádí, že odkazy uvedenými u jednotlivých prvků potenciální uchazeče o zakázku z účasti nevyloučil. Pokud tedy stěžovatel při ústním jednání odkázal na neexistenci zákonné povinnosti v tehdy účinném ustanovení zákona, dle kterého byl shledán vinným, a která mu byla přičtena při posuzování naplnění skutkové podstaty správního deliktu, proti čemuž žalobou brojil, nelze dospět k závěru, že se jedná o nový dosud neuplatněný žalobní bod.*“ Na

argumentaci žalovaného pak Nejvyšší správní soud reagoval následovně: „*Není pravda, jak tvrdí žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, že na skutečnosti, zda zákon (ne)požadoval výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů, ani napadené rozhodnutí své závěry nestaví. V prvostupňovém rozhodnutí žalovaného se v bodě 39. výslovně uvádí, že z výzvy k podání nabídky, ze zadávací dokumentace, z projektové dokumentace ani z jiných dokumentů, které jsou součástí zadávacích podmínek na šetřenou veřejnou zakázku, nevyplývá, že by zadavatel výslovně připustil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, než uvedených v zadávacích podmínkách. Rovněž v rozhodnutí žalovaného je stěžovateli vytýkáno, že neumožnil použití jiných technicky obdobných řešení (viz bod 25). Zda tomu tak skutečně bylo, žalovaný dovozuje právě z podmínek § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, stejně jako prvostupňové rozhodnutí, které bez výhrady aproboval, tedy z faktu, že zadavatel výslovně nepřipustil použití jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení, neboť žádné jiné úvahy směřující k závěru o tom, že jiná řešení nebyla připuštěna, správní rozhodnutí neobsahuje. Na tomto místě je naopak třeba přisvědčit stěžovateli v tom, že na žádném místě v žádném dokumentu není použití jiného řešení výslovně vyloučeno, a contrario bylo umožněno, leda by žalovaný zdůvodnil, proč má za to, že v konečném důsledku bylo fakticky vyloučeno.*“

K druhé z námitek uplatněných u jednání soudu uvedl Nejvyšší správní soud, že ta „*prochází v obecné rovně celou částí žaloby týkající se nezákonného postupu při vyměření sankce, kde stěžovatel vytýká žalovanému v rámci porušení zásady dvojího přičítání, že se při uložení pokuty nezabýval skutečným dopadem a závažností deliktního jednání. Je třeba připustit, že formulace této námitky je nejasná a není zřejmé, zda ji, tak jak je uvedeno v bodě 8 napadeného rozsudku, stěžovatel směřoval k samotnému naplnění jednoho ze znaků skutkové podstaty nebo k okolnostem majícím vliv na výši uložené sankce. Byť krajský soud tuto námitku odmítl, aniž by upřesnil, co jí stěžovatel zamýšlí, fakticky se k ní pouze v obecné rovině vyslovil v bodě 22 napadeného rozsudku v rámci hodnocení uložení pokuty, kde vysvětlil podstatu obrožovacích deliktů a poukázal na to, že žalovaný správně hodnotil již jen potenciální možnost nabídky i jiných výrobků, což mohlo vést k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů.*“ Závěrem proto Nejvyšší správní soud vyslovil následující závazný právní názor: „*Krajský soud v dalším řízení se bude zabývat stěžovatelem uplatněnou námitkou stran aplikace § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách a posoudí její relevanci na zjištěný skutkový stav věci samé. Co se týče posouzení druhé krajským soudem při ústním jednání odmítnuté námitky, promítne krajský soud své úvahy ohledně závažnosti skutečného dopadu postupu stěžovatele vyjádřené dosud obecně ve vztahu k zákonnosti uložené pokuty, rovněž do odůvodnění samotného naplnění skutkové podstaty správního deliktu.*“

9. Žalovaný následně ve svém stanovisku poukázal na nejednotnost závěrů Nejvyššího správního soudu (mezi body 21 a 25 jeho rozsudku). Body odůvodnění správních rozhodnutí, na které odkazuje, jsou pouhým konstatováním faktů zjištěných ze zadávací dokumentace. Problematika (ne)umožnění odkazu na obdobná řešení je sekundární otázkou. Pokud by žalobce umožnil použití jiného alternativního řešení, nic by to nemohlo změnit na posouzení spáchání správního deliktu. Nejvyšší správní soud učinil svůj závěr v bodě 21 rozsudku bez jakékoli, natož přesvědčivé, argumentace. Závěr, že žalobce umožnil použití jiného řešení s ohledem na fakt, že jej nikde nevyloučil, je v rozporu s judikaturou, zákonem, ustálenou rozhodovací praxí a nedává smysl ani s ohledem na základní zásady zadávání veřejných zakázek. Závěry Nejvyššího správního soudu z hlediska srozumitelnosti a dostatku důvodů nejsou a nemohou být jasně seznatelné ani uchopitelné, a tedy ani pro krajský soud závazné. Není důvod, aby se krajský soud odchýlil od svých závěrů učiněných v předchozím rozsudku. Pro naplnění

správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky došlo, ale postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění.

10. Žalobce ve své další replice uvádí, že Nejvyšší správní soud pouze konstatuje, že se žalovaný nedostatečně vypořádal s tvrzením žalobce a ke svým závěrům dospěl na základě nepravdivých či nedostatečně došetřených zjištění. Předmět zakázky je tak specifický, že se na něj uplatní závěry rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 30/2010-182. Jako primární pramen práva je možné uznat pouze zákon a ten v rozhodné době povinnost uvedení možnosti obdobného řešení neuváděl. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu je srozumitelné a konkrétně odůvodněné. Je zjevné, že míra intenzity potenciálního vlivu na zadávací řízení byla natolik marginální, že nenaplnuje definici podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Nová právní úprava je přísnější, o odpovědnosti za správní delikt je však třeba rozhodovat podle právní úpravy platné v době jeho spáchání. Na situaci přílehavě dopadají závěry, které učinil Krajský soud v Brně v rozhodnutí 4 As 61/2016-34.
11. Při ústním jednání konaném dne 3. 12. 2019 účastníci setrvali na svých stanoviscích.

III. Posouzení věci krajským soudem

12. 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.).
13. Po přezkoumání žalobou napadeného rozhodnutí dospěl soud k závěru, že žaloba **není důvodná**.
14. V žalobě žalobce předně brojí proti závěru žalovaného, že žalobce v rámci posuzované veřejné zakázky použil odkazy na konkrétní výrobky, aniž by to odůvodňoval specifický předmět veřejné zakázky. V této části soud neshledal námitky důvodnými.
15. Odkaz na konkrétní výrobky žalobce použil ve výkazu výměr ve vztahu k dodávce následujících výrobků: lavičky, stojan na kola, pítko, informační tabule, válcová plakátovací plocha, orientační systém, odpadkový koš, osvětlená lavice a stavební materiály (překlady, těsnící hmota, fólie, dlažba, obrubníky). V samotném výkazu výměr byl u každého z uvedených výrobků uveden obchodní název konkrétního výrobku (např. „Modul systém ARPA 3“, „Stojan na kola STARSSOTA“, „Pítko FUENTE RETTANGOLARE“ apod.), přičemž k výkazu výměr byly zadavatelem jako součást zadávací dokumentace připojeny části katalogových listů konkrétního výrobce těchto výrobků.
16. V první řadě je nutno poznamenat, že napadené rozhodnutí nevychází ze závěru, že se žalobce dopustil správního deliktu také tím, že použil odkaz na konkrétní výrobky v případě sedacích kamenů a tepelného čerpadla a elektrokotle, jak tvrdí žalobce v žalobě. Žalobní argumentace se v této části zcela míjí s důvody napadeného rozhodnutí a již z toho důvodu nelze žalobu v této dílčí části považovat za důvodnou.
17. Ani žalovaný, ani krajský soud nezpochybňují oprávnění žalobce stanovit v zadávací dokumentaci technické podmínky. Toto oprávnění (a do určité míry také povinnost) však

není bezmezná. Předně je z § 44 odst. 3 písm. b) a § 45 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách patrné, že technické podmínky musejí být odůvodněny předmětem veřejné zakázky a stanoveny jednoznačně, objektivně a způsobem vyjadřujícím účel použití. Musí se tedy jednat o parametry vyžadované odůvodněnou potřebou zadavatele, tj. parametry objektivně zdůvodnitelné. S tím souvisí i přímý zákaz (§ 45 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách) stanovit technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zákaz zvýhodňovat určité dodavatele (potažmo výrobky) je projevem zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), které taktéž zásadním způsobem limitují zadavatele při vymezení technických podmínek (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č.j. 9 Afs 30/2010-182; všechna zde citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu a Krajského soudu v Brně jsou dostupná na www.nssoud.cz).

18. Pokud jde konkrétně o § 44 odst. 11 ZVZ ve znění účinném v době výzvy k podání nabídek, toto ustanovení stanovilo: *„Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.“*
19. Z citovaného ustanovení je patrné, že obsahuje více právních pravidel. Z první věty plyne především obecné pravidlo, že zadávací dokumentace zásadně nesmí obsahovat mimo jiné požadavky nebo odkazy na specifická označení zboží. Zároveň je již v první větě obsažena výjimka z tohoto pravidla, a sice je-li použití takového odkazu odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Ve větě druhé je taktéž obsažena podmínka pro uplatnění výjimky z uvedeného obecného pravidla. Konkrétně je touto podmínkou skutečnost, že popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 není dostatečně přesný a srozumitelný. Pro posouzení věci přitom není podstatné, zda je nutno na tato pravidla nahlížet jako na dvě samostatné výjimky, dvě kumulativní podmínky pro uplatnění jediné výjimky nebo zda je druhá věta pouze konkretizací podmínky uvedené ve větě první (uvedená ustanovení různě pojmají soudy i autoři komentářové literatury – viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010-182, nebo Krajského soudu v Brně ze dne 4. 8. 2011, č. j. 62 Af 30/2010-53, včetně v něm citované odborné literatury). V každém případě věta třetí § 44 odst. 11 ZVZ ve znění účinném v době výzvy k podání nabídek představovala zcela samostatnou povinnost, jejíž splnění je na místě posuzovat pouze v případě, že jsou dány zákonné předpoklady pro použití odkazu na příznačné označení. Nejedná se o žádnou třetí výjimku z uvedeného obecného zákazu (srov. též např. Podešva V. a kol. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. [Systém ASPI], Wolters Kluwer, právní stav k 1. 7. 2012; rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 8. 2011, č. j. 62 Af 30/2010-53, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010-182).
20. V nyní projednávané věci byl podle žalobce odkaz na konkrétní výrobky (tj. specifická označení zboží) odůvodněn specifickým předmětem veřejné zakázky. Tvrdil tedy, že je u

něj splněna podmínka uvedená v § 44 odst. 11 věty první ZVZ pro uplatnění výjimky z obecného zákazu použití odkazu na specifická označení zboží. Žalovaný této argumentaci nepřisvědčil a zdejší soud se s jeho závěry ztotožňuje.

21. Ve všech výše uvedených výrobcích soud neshledává žádnou překážku pro to, aby byly jejich jednotlivé technické parametry vymezeny pomocí obecných charakteristik – tj. požadovanými rozměry (uvedenými v textovém popisu či pomocí nákrešů), účelovým určením či vlastnostmi materiálu (estetickými, fyzikálními apod.). Soud připouští, že předmět veřejné zakázky byl natolik specifický, že z architektonického hlediska mohl odůvodňovat použití atypických prvků určitých rozměrů a určitých vlastností. Tento závěr ovšem neznamená, že by specifická předmětu veřejné zakázky odůvodňovala také použití konkrétních výrobků konkrétního výrobce. Z architektonického hlediska je lhostejné, který výrobce požadované atypické prvky dodá. Bez ohledu na to, že podle zjištění žalobce takové atypické prvky vyrábí pouze určitý výrobce, žalobci nic nebránilo tyto prvky popsat obecně.
22. Žalobce přesto požadoval dodání konkrétních výrobků konkrétních výrobců, což soud s ohledem na použití specifického obchodního názvu a připojení částí katalogových listů výrobce považuje za zcela zjevné. Použitím odkazů na konkrétní výrobky žalobce omezil okruh výrobků, které mohli účastníci zadávacího řízení nabízet. I kdyby skutečně aktuálně žádný jiný výrobce tyto prvky mobiliáře s požadovanými rozměry a vlastnostmi nevyráběl (čímž si nemohl být zadavatel při tvorbě zadávací dokumentace jist), bylo by možné takové prvky vyrobit individuálně, ať již samotnými účastníky zadávacího řízení či jejich subdodavateli.
23. Se žalobcem zároveň nelze souhlasit v tom, že by žalovaný řádně neodůvodnil svůj závěr o tom, že uvedení odkazů na konkrétní výrobky nebylo odůvodněno specifickým předmětem veřejné zakázky. Žalovaný vycházel ze shodných úvah jako nyní soud, přičemž závěr o tom, že neexistovala překážka pro vymezení požadovaných prvků obecnými popisy, jednoznačně implikuje závěr, že nebyl dán důvod pro uvedení odkazů na konkrétní výrobky. Za této situace nelze tyto odkazy odůvodnit specifickým předmětem veřejné zakázky.
24. Je-li napadené rozhodnutí založeno na takřka shodných úvahách, které soud považuje za logicky konzistentní a zcela správné, nelze jeho odůvodnění považovat za nedostatečné či nepřezkoumatelné. Předseda žalovaného se zabýval rozkladovými námitkami, zdůvodnil své úvahy a předložil konkrétní ucelenou argumentaci oponující argumentaci žalobce. Z napadeného rozhodnutí je patrná reakce na námitky žalobce i konkrétní úvahy předsedy žalovaného. Ostatně sám žalobce proti těmto úvahám v žalobě brojí konkrétní argumentací, a krajskému soudu proto nic nebránilo v tom, aby správnost těchto úvah věcně posoudil.
25. Soud se neztotožňuje ani s tvrzením žalobce, že možnost popsání výrobků pomocí obecných charakteristik je otázkou do značné míry odbornou, přičemž žalovaný nenaznačuje, jak by měla být obecná specifikace provedena. Žalovaný uvádí jako příklad obecných charakteristik rozměry nebo fyzikální a mechanické vlastnosti – tj. uvedení výšky, šířky, délky, průměru, tvaru, barvy, povrchových vlastností, použitého materiálu, účelu apod. A z vyjádření žalobce je také patrné, že právě vlastnosti výrobků jej vedly k rozhodnutí, že zrovna dané výrobky bude požadovat (žalobce netvrdí, že dané výrobky požadoval proto, že jsou od konkrétního výrobce). Takto lze popsat i výrobky, na které

26. Tvzení žalobce o tom, že uvedení odkazu na specifická označení zboží, bylo odůvodněno specifickým předmětem veřejné zakázky, tedy soud nepřisvědčil. Ani splnění podmínky stanovené v § 44 odst. 11 věty druhé ZVZ přitom soud neshledal. Žalobce mohl výrobky popsat pomocí obecných charakteristik, jakými jsou rozměry nebo fyzikální a mechanické vlastnosti – tj. uvedení výšky, šířky, délky, průměru, tvaru, barvy, povrchových vlastností, použitého materiálu, účelu apod. Popis výrobků objektivně mohl být dostatečně přesný a srozumitelný.
27. Za této situace platí závěr, že žalobce porušil zákaz odkazu na příznačná označení, zakotvený v § 44 odst. 11 věty první ZVZ, neboť žádnou další výjimku již zákon nepřipouští. Na tomto závěru nemůže nic změnit splnění či nesplnění povinnosti obsažené v § 44 odst. 11 věty třetí ZVZ, a to už proto, že tato povinnost by se na žalobce vztahovala pouze v případě, že by splnil výjimku pro použití odkazu na příznačné označení podle věty první či druhé § 44 odst. 11 ZVZ. Už proto nemůže hrát v posuzovaném případě žádnou roli legislativní změna provedená zákonem č. 55/2012 Sb.
28. Uvedl-li žalovaný ve svém rozhodnutí úvahy vycházející ze skutečnosti, že žalobce nevyločil použití jiného řešení (jak uzavřel Nejvyšší správní soud), musí soud ve světle výše učiněných závěrů konstatovat, že takové úvahy žalovaného jsou nadbytečné. Samotná nadbytečnost některých dílčích úvah ovšem rozhodně nemůže zakládat nezákonnost napadeného rozhodnutí.
29. Ačkoliv to tedy nemůže mít žádný vliv na výsledek projednávané věci, přistoupil soud dále ve světle závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu k posouzení, zda v posuzovaném případě bylo či nebylo použití jiného řešení umožněno. Byť se na první pohled zdá, že argument, že výslovné nevyločení znamená umožnění, by musel vyvrátit žalovaný („*leda by žalovaný zdůvodnil, proč má za to, že v konečném důsledku bylo fakticky vyloučeno*“), nemůže se soud této otázce zcela vyhnout, má-li posoudit námitku, že před novelizací zákonem č. 55/2012 Sb. zákon o veřejných zakázkách nepožadoval výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů.
30. Podle názoru zdejšího soudu nepředstavovalo vložení slova „*výslovně*“ provedené novelou č. 55/2012 Sb. žádnou faktickou změnu pravidla obsaženého do té doby v § 44 odst. 11 věty třetí ZVZ (po účinnosti novely pak ve větě čtvrté). Nabídka musí být vždy v souladu se zadávací dokumentací a každý uchazeč je postaven před volbu, zda zadávací podmínky zcela splní, nebo proti nim uplatní námitky podle § 110 a násl. ZVZ. Musí přitom počítat s tím, že podání nabídky v rozporu se zadávacími podmínkami (i kdyby rozpor měl

spočívat pouze v tom, že nabídne výrobek jiného výrobce, byť se shodnými vlastnostmi), zásadně vede ze zákona k vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče (viz § 76 odst. 1 ZVZ). Jestliže zadavatel odkazuje na konkrétní výrobek konkrétního výrobce, fakticky nepřipouští dodání výrobku jiného.

31. To, že muselo být i před novelizací č. 55/2012 Sb. umožnění použití jiného řešení výslovné, potvrzuje jak čl. 23 odst. 8 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého musel být takový odkaz doprovázen slovy „nebo rovnocenný“, tak dřívější judikatura Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudek ve věci C-359/93, *Komise proti Nizozemsku*, ECLI:EU:C:1995:14, nebo usnesení ve věci C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, ECLI:EU:C:2001:654, v němž takový požadavek Soudní dvůr dokonce dovedl přímo z primárního unijního práva, konkrétně ze svobody volného pohybu zboží). Novelizací provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. tedy došlo pouze k formulačnímu zjednotnění již dříve platného pravidla.
32. Nejenže žalobce principiálně vůbec nemůže výše uvedené závěry o nenaplnění zákonné výjimky pro použití příznačných označení vyvrátit poukazem na to, že nevyloučil použití jiných, srovnatelných výrobků, ale krajský soud musí navíc uzavřít, že žalobce použití jiných výrobků vyloučil. Uvedení požadavku na dodávku výrobků ve výkazu výměr s užitím odkazu na konkrétní výrobky konkrétního výrobce je nutno vždy považovat za vyloučení možnosti dodání jiných výrobků, není-li výslovně uveden opak.
33. Zdejší soud má za to, že Nejvyšší správní soud ve svém zrušujícím rozsudku k této otázce nevyslovil opačný závazný právní názor. Jak uvádí žalobce (viz strana 3 jeho vyjádření ze dne 28. 11. 2019), přisvědčení, že na žádném místě v žádném dokumentu není použití jiného řešení výslovně vyloučeno, *a contrario* bylo umožněno, „je pouhým konstatováním faktu“. Právní hodnocení tohoto faktu (tj. skutkového zjištění) již bylo ponecháno na krajském soudu (viz bod 25. zrušujícího rozsudku).
34. K námitce žalobce, že žalovaný náležitě nezkoumal a neposuzoval splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky, zdejší soud uvádí, že posuzovaný delikt je deliktem ohrožovacím. Žalovaný shledal, že žalobce svým jednáním mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky [což je z hlediska naplnění § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ postačující], nikoliv, že jej skutečně podstatně ovlivnil. Při spáchání ohrožovacího deliktu nemusí dojít ke konkrétním následkům (tj. narušení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě vyloučení konkrétního dodavatele ze soutěže), nýbrž stačí potencialita takových následků (tj. ohrožení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě možnosti, že některý z dodavatelů by mohl nabídnout výrobky jiné, a to i za výhodnějších podmínek). V případě ohrožovacích deliktů, kdy žalovaný hodnotí spíše potenciální následky, pak nelze hodnotit konkrétnější skutečnosti, než právě onu potencialitu, která mohla nastat. V tomto případě žalovaný označil za onu potencialitu to, že zájemci mohli nabídnout i jiné výrobky, což mohlo vést k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. S tímto závěrem se přitom zdejší soud ztotožnil (viz výše). Žalovaný tedy řádně posoudil splnění podmínky možného podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky a toto posouzení odpovídá požadavkům judikatury Nejvyššího správního soudu (viz rozsudky ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28, a ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016-34).

35. Co se týče opožděných námitek a nových skutkových tvrzení uplatněných až v podání ze dne 28. 11. 2019, týkajících se marginálního dopadu na výběr nejvhodnější nabídky, respektive marginálního finančního objemu sporných položek (žalobce u ústního jednání dne 26. 9. 2018 uvedl pouze to, že se žalovaný otázkou dopadu nezabýval, v žalobě přitom navíc podobnou námitku vztáhnul pouze a jen k otázce přezkoumatelnosti úvah o uložení sankce), poznamenává soud, že možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nelze vyloučit pouhým poukazem na to, že pochybení se týká menší části zakázky. Ovlivnění v důsledku požadování konkrétních výrobků konkrétního výrobce zdejší soud rozhodně nepovažuje za marginální. Cituje-li žalobce na podporu svých tvrzení část textu z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016-34, považuje zdejší soud za plně postačující odkázat žalobce na celý text daného rozsudku. Argumentační část rozsudku má jistě větší váhu, než jeho rekapitulační část, v níž je shrnut právní názor krajského soudu, který je posléze Nejvyšším správním soudem vyvrácen.
36. Žalobce dále namítá nezákonný postup žalovaného při vyměření pokuty. Dle názoru žalobce žalovaný nedostál své povinnosti zakotvené v § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když při vyměření pokuty dostatečně neodůvodnil výši ukládané sankce uvedením konkrétních následků, které byly v důsledku tvrzeného porušení zákona způsobeny, uvedením konkrétních okolností, za nichž došlo ke spáchání správního deliktu a uvedením způsobu, jakým byla tato hlediska promítnuta do určení výše pokuty. Ani v této části nejsou námitky důvodné.
37. Podle § 121 odst. 2 věty první zákona o veřejných zakázkách se při určení výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
38. Předně je nutno podotknout, že ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení. Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, *„podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání při hodnocení zákonnosti rozhodnutí lze jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení.“* Vzhledem k tomu, že je ukládání sankcí věcí správního uvážení, je jejich soudní přezkum značně omezen. Správnímu orgánu jsou zákonem stanoveny určité meze, které není oprávněn překročit. Přezkoumává-li soud takové rozhodnutí správního orgánu, je pouze oprávněn posoudit, zda správní orgán ze zákonem stanovených mezí nevybočil (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012-36). Pokud se správní orgán těchto mezí drží a pokud uvede příslušné úvahy předpokládané zákonem, nelze jeho rozhodnutí považovat za nepřezkoumatelné (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 2. 2017, č. j. 6 As 214/2016-33).
39. Se žalobcem nelze souhlasit, že by se žalovaný, respektive jeho předseda nezabývali zákonnými kritérii pro určení výměry pokuty. Nejen že posuzovali zákonem explicitně vyjmenovaná kritéria, ale zabývali se také dalšími hledisky pro uložení sankce (např. majetkovými poměry žalobce, polehčujícími okolnostmi apod.; viz body 76 až 93 prvostupňového rozhodnutí a body 31 až 37 napadeného rozhodnutí). V této souvislosti soud poznamenává, že správní rozhodnutí obou stupňů tvoří jeden celek, proto je nutno za odůvodnění sankce považovat celkové odůvodnění obsažené v prvostupňovém rozhodnutí ve spojení s napadeným rozhodnutím. K závažnosti správního deliktu žalovaný zejména uvedl, že jednáním žalobce mohlo dojít k bezdůvodnému omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro

zadavatele, tj. žalobce narušil soutěžní prostředí. Nejde o obecnou formulaci, nýbrž o hodnocení konkrétních důsledků jednání žalobce. Vzhledem k tomu, že posuzovaný delikt je deliktem ohrožovacím, nemusí docházet ke konkrétním následkům (tj. narušení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě vyloučení konkrétního dodavatele ze soutěže), nýbrž postačí potencialita takových následků (tj. ohrožení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě možnosti, že některý z dodavatelů by mohl nabídnout výrobky jiné, a to i za výhodnějších podmínek). V případě ohrožovacích deliktů, kdy žalovaný hodnotí spíše potenciální následky, pak nelze hodnotit konkrétnější skutečnosti, než právě onu potencialitu, která mohla nastat. V tomto případě žalovaný označil za onu potencialitu to, že zájemci mohli nabídnout i jiné výrobky, což mohlo vést k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů.

40. Není ani pravdou, že by žalovaný nehodnotil konkrétní okolnosti spáchání správního deliktu. Typickým případem zohlednění konkrétních okolností případu je například přihlédnutí k polehčující okolnosti (viz bod 86 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí). Žalovaný zohlednil i dobu, která uplynula od spáchání deliktu, a majetkové poměry žalobce. Zohledňování konkrétních okolností případu nemůže spočívat v provedení matematického výpočtu, z něhož by se žalobce například dozvěděl, o jakou částku přesně byla sankce snížena v důsledku přihlédnutí ke konkrétní polehčující okolnosti. Takový požadavek na odůvodnění rozhodnutí ze zákona rozhodně neplyne.
41. Lze shrnout, že žalovaný a jeho předseda odůvodnili výši sankce zcela dostatečně, přičemž soud neshledal, že by v jakémkoliv směru vybočili z mezí správního uvážení. V jejich myšlenkovém postupu nejsou žádné logické rozpory, jejich úvahy jsou racionální a ucelené, zohledňují všechna zákonná kritéria i relevantní skutkové okolnosti. Odůvodnění uložené sankce proto zdejší soud v tomto ohledu nepovažuje za nezákonné ani nepřezkoumatelné.
42. Soud v odůvodnění správních rozhodnutí o výši pokuty neshledal ani namítané pochybení spočívající ve dvojím zohlednění téže skutečnosti z hlediska viny i sankce.
43. Jak uvedl Nejvyšší správní soud například v rozsudku ze dne 29. 8. 2012, č. j. 4 Ads 114/2011-105, „*zásadu zákazu dvojího přičítání je třeba chápat tak, že k okolnosti, která je zákonným znakem deliktu, nelze přihlédnout jako k okolnosti polehčující nebo přitěžující při ukládání sankce. Jednu a tutéž skutečnost, která je v posuzované věci dána v intenzitě nezbytné pro naplnění určitého zákonného znaku skutkové podstaty konkrétního porušení právní povinnosti, nelze současně hodnotit jako okolnost obecně polehčující či obecně přitěžující (k tomu srov. také rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2006, č. j. 4 As 22/2005-68, ze dne 28. 2. 2006, č. j. 4 As 26/2005-58, ze dne 17. 3. 2010, č. j. 4 Ads 66/2009-101).* [...] *Zásada zákazu dvojího přičítání má zabránit tomu, aby se jedna a tatáž skutečnost určité kvantity a kvality (intenzity) přičítala pachateli dvakrát, a to jednou jako znak skutkové podstaty (při hodnocení viny) a podruhé jako okolnost přitěžující či polehčující (při hodnocení ukládaného trestu). V případě zákazu dvojího přičítání se jedná o otázku rozlišování (odstupňování) intenzity nezbytné k naplnění skutkové podstaty na jedné straně a intenzity další (vyšší, z hlediska naplnění skutkové podstaty nevyčerpané), která teprve může mít význam z hlediska úvah o trestu jako okolnost přitěžující či polehčující, na straně druhé.*“
44. Je přitom nutno zdůraznit, že porušením zákazu dvojího přičítání není postup správního orgánu, který toliko při stanovení výše sankce hodnotí skutečnosti, které již hodnotil z hlediska viny. Tyto skutečnosti totiž hodnotit musí, neboť to vyžaduje nejen zákon, ale

zejména obecné požadavky na odůvodnění rozhodnutí a právní zásady platné pro ukládání sankcí. Správní orgán zkrátka musí přihlédnout ke všem okolnostem případu jak při hodnocení viny, tak při určování výše sankce. Kdyby měl při stanovení sankce odhlédnout od všeho, co již hodnotil z hlediska viny, jednak by již prakticky neměl co hodnotit, jednak by se dostal do jednoznačného rozporu se zákonnými hledisky pro určení výměry pokuty.

45. Zákaz dvojího přičítání není zákazem dvojího zohlednění, nýbrž skutečně pouze dvojího přičítání – k tíži nebo ku prospěchu pachatele. Jestliže správní orgán toliko zohledňuje okolnosti případu, protože pouze tak se může vyjádřit k závažnosti deliktu, neznamená to, že určitý znak skutkové podstaty zároveň hodnotí jako polehčující či přitěžující okolnost. To je také případ napadeného rozhodnutí (resp. prvostupňového rozhodnutí). To, že žalovaný při stanovení sankce vzal v úvahu určitou skutečnost, neznamená, že ji žalobci přičítal k tíži (jakožto přitěžující okolnost).

IV. Shrnutí a náklady řízení

46. Krajský soud na základě shora provedeného posouzení neshledal žalobu důvodnou, a proto ji ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
47. O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl na věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci neúspěšný žalobce nemá 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.

Kasační stížnost je nepřijatelná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem; to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu.

Brno 3. prosince 2019

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje P. H.