



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **Techmania Science Center o.p.s.**, IČO: 26396645
sídlem U Planetária 2969/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň
zastoupen advokátem JUDr. Karlem Vodičkou, LL.M.
sídlem Kyjevská 1228/77, 326 00 Plzeň

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 12. 2016, č. j. ÚOHS-R375/2015/VZ-49379/2016/323/EBR

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 12. 2016, č. j. ÚOHS-R375/2015/VZ-49379/2016/323/EBR, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 15 342 Kč, a to k rukám JUDr. Karla Vodičky, LL.M., advokáta se sídlem Kyjevská 1228/77, 326 00 Plzeň, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalobce se žalobou doručenou Krajskému soudu v Brně dne 15. 2. 2017 domáhal zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 12. 2016, č. j. ÚOHS-R375/2015/VZ-49379/2016/323/EBR (dále též „napadené rozhodnutí“), kterým předseda žalovaného výrokem I. potvrdil výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) ze dne 2. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S0426,0445/2015/VZ-37189/2015/533/LMa (dále též „rozhodnutí prvního stupně“), a podaný rozklad v části směřující ke skutku popsaném ve výroku I. zamítl, výrokem II. zrušil výrok II. rozhodnutí prvního stupně a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu popsaného ve výroku II. zastavil, a výrokem III. změnil výrok III. rozhodnutí prvního stupně tak, že uloženou pokutu ponechal ve stejné výši. Žalobce přitom žalobou brojí proti výrokům I. a III. napadeného rozhodnutí.
2. Rozhodnutím prvního stupně bylo ve výroku I. konstatováno, že se žalobce jakožto zadavatel dopustil 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“) tím, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 odst. 1 stejného zákona, když v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce „Dodávka expozice Nové trendy v osobní dopravě“ (dále též „veřejná zakázka č. 1“) zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 3. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 3. 2014 pod ev. č. 482003 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-104762, uveřejněné na profilu zadavatele, uvedl odlišnou lhůtu pro podání nabídek než v oznámení o zakázce uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 3. 2014, ačkoliv za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, čímž nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel na citovanou veřejnou zakázku dne 23. 7. 2014 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
3. Ve výroku II. žalovaný rozhodl, že se žalobce jakožto zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. a) stejného zákona, když uzavřením dodatku ke smlouvě o dílo s dodavatelem na plnění veřejné zakázky „Jednací řízení související s dodatkem č. 8 ke smlouvě o dílo ze dne 22. 7. 2010“ (dále též „veřejná zakázka č. 2“) zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění rozšířil předmět citované veřejné zakázky v rozsahu dodatečného plnění podle technického listu změny č. 26, čímž umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze jmenované smlouvy o dílo, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
4. Výrokem III. pak žalovaný uložil žalobci za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokutu ve výši 20 000 Kč.

II. Obsah žaloby

5. Žalobce nejprve namítal, že nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu, za který byl shledán vinným ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně. Ve svém jednání spatřoval nízkou společenskou škodlivost, jelikož se dle jeho slov jednalo o pouhé administrativní pochybení. Z toho důvodu považoval žalovaným citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011 – 72, za nepřiléhavý. Dle jeho názoru měl předseda žalovaného při hodnocení naplnění materiální stránky správního deliktu

přihlédnout k tomu, že u jednání žalobce spočívající v uvedení jiných lhůt k podávání nabídek v oznámení o veřejné zakázce č. 1 a v její zadávací dokumentaci absentovalo zavinění v podobě úmyslu, jelikož nebylo motivováno snahou dosáhnout jakékoli „nečitelnosti“ či netransparentnosti. Považoval obecný závěr předsedy žalovaného o tom, že jakákoliv nejasnost v zadávacích podmínkách způsobuje jejich netransparentnost, za neudržitelný. Vždy je třeba odlišovat míru takové nejasnosti, byť zákonodárce v § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách stanovil, že zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek.

6. V další skupině žalobních námitek pojednávajících o nemožnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky žalobce uvedl, že zde nemohli existovat uchazeči, kteří by byli uvedením odlišné lhůty pro podávání nabídek ani potenciálně znevýhodnění či od podání nabídek odrazeni. Žádný racionálně uvažující uchazeč o veřejnou zakázku se neorientuje pouze podle oznámení o zakázce, ale podle zadávacích podmínek. K tomu žalobce doplnil, že po něm nelze spravedlivě požadovat, aby doložil jednoznačný a relevantní důkaz o neexistenci možnosti podání další nabídky, jelikož negativní skutečnosti se nedokazují. Považoval za vyloučené, aby materiální stránkou správního deliktu byla i jeho formální stránka, jak dle mínění žalobce stanovil předseda žalovaného. Naposledy v tomto souboru námitek žalobce zpochybnil úvahy předsedy žalovaného o způsobu rozhodování uchazečů o veřejnou zakázku a doplnil, že obě stanovené lhůty splňovaly délku předepsanou zákonem o veřejných zakázkách.
7. Žalobce dále namítl, že žalovaný nebyl oprávněn rozhodovat o správním deliktu popsáném ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně, neboť žalovaný v souladu se svou ustálenou praxí nepřezkoumává postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu. Ač v posuzovaném případě žalobce pro zadání veřejné zakázky zvolil otevřené řízení (§ 27 zákona o veřejných zakázkách) určené pro nadlimitní veřejné zakázky (§ 12 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), dle předkládané hodnoty by se jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu (§ 12 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách). Vzhledem k absenci úpravy postupu zadavatele zadávajícího veřejnou zakázku malého rozsahu způsobem pro nadlimitní veřejné zakázky v § 26 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách pak žalovanému není dána kompetence k rozhodnutí o posuzovaném správním deliktu. Opačný závěr by byl v rozporu s principem *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* vyjádřeným v čl. 39 Listiny základních práv a svobod. K tomu žalobce doplnil, že pozdější právní úprava obsažená v zákoně č. 143/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném ke dni vydání napadeného rozhodnutí (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“), je v této souvislosti dokonce ještě příznivější, a tudíž nesouhlasí s názorem předsedy žalovaného, že by žalobce nedodržel ani pravidla stanovená zákonem o zadávání veřejných zakázek.
8. Na závěr se žalobce vyjádřil k uložené pokutě. Namítl, že předseda žalovaného porušil svým postupem zákaz *reformatio in peius*, když v napadaném rozhodnutí uložil žalobci pokutu za spáchání správního deliktu popsáného ve výroku I. i přes to, že za něj rozhodnutím prvního stupně uložena pokuta nebyla. Výši pokuty považoval s ohledem na způsob a původ spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. za nepřiměřeně vysokou a navrhl zdejšímu soudu její moderaci. Neviděl důvod pro to, aby pokuta uložená za spáchání správního deliktu pod výrokem II. rozhodnutí prvního stupně, který byl následně napadeným rozhodnutím zrušen, byla žalobci uložena pokuta v téže výši, když se správní delikt pod výrokem I. rozhodnutí prvního stupně týká veřejné zakázky č. 1, jejíž

předpokládaná hodnota byla nižší, a kdy související delikt ní jednání bylo původně žalovaným shledáno jako méně trestné.

III. Vyjádření žalovaného

9. Předseda žalovaného v rámci svého vyjádření ze dne 13. 4. 2017 navrhl, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. K samotným žalobním námitkám konstatoval následující.
10. K výhradě absence materiální stránky předseda žalovaného uvedl, že společenská škodlivost jakožto znak materiální stránky správního deliktu byla v daném případě naplněna tím, že posuzované jednání žalobce mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, čímž mohlo ohrozit zájem, který je § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách chráněn. Pro doplnění své argumentace odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011-62, týkající se povinnosti správního orgánu zkoumat při správním trestání společenskou škodlivost. K námitce žalobce týkající se zavinění jakožto složky materiální stránky deliktu předseda žalovaného uvedl, že odpovědnost za posuzované správní delikty je založena na objektivním principu, což znamená, že osoba, která svým jednáním naplnila znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na zavinění. Zavinění může být přitom toliko jednou ze zákonem předpokládaných okolností ve smyslu § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, tj. výhradně ve vztahu k určení výměry pokuty.
11. Dále dle předsedy žalovaného není možné přijmout závěr žalobce vyhodnocující oznámení o zakázce jako dokument, jehož obsah není pro uchazeče o veřejnou zakázku podstatný. Uvedení informací o veřejné zakázce již v prvním úkonu zadávacího řízení, tj. v oznámení o zakázce, zajišťuje potřebnou transparentnost zadávacího řízení a je zároveň důležité pro rozhodnutí uchazečů, zda se zadávacího řízení zúčastní či nikoliv. Když tedy žalobce v posuzovaném případě stanovil v oznámení o zakázce kratší lhůtu k podání nabídek než v zadávací dokumentaci, mohlo tím dojít ke značnému znejasnění zadávacích podmínek veřejné zakázky, v jehož důsledku mohli být uchazeči od podání nabídky odrazeni. Uvedený postup žalobce tak byl dle předsedy žalovaného jednáním, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
12. K námitce žalobce týkající se nedostatku kompetence žalovaného rozhodovat o správním deliktu popsaném ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně předseda žalovaného nejprve uvedl, že obecným účelem § 26 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách je umožnit zadavateli použít pro zadávání veřejné zakázky, pro kterou může užít jednodušší režim zákona, i režim striktnější. V souvislosti s tímto tvrzením odkázal na komentářovou literaturu (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012), která dle jeho názoru jasně podporuje výše uvedený výklad předmětného ustanovení. Pomocí analogie zákona se lze tedy dobrat závěru, že pravidlo o splnění zákonných povinností kladených na přísnější zákonný režim je nutno aplikovat i na situaci, kdy zadavatel zadává veřejnou zakázku malého rozsahu postupem platným pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky. Pravomoc žalovaného je v tomto případě dána, neboť se vytváří fikce, že zadavatel zadává nadlimitní veřejnou zakázku. Stejný závěr je pak možné vyvodit i z nové právní úpravy, tedy zákona o zadávání veřejných zakázek, přičemž žalovaný odkázal mimo jiné opět na komentářovou literaturu.
13. K námitce nepřiměřeně vysoké pokuty a porušení zákazu *reformatio in peius* předseda žalovaného uvedl, že žalovaný ve výroku III. rozhodnutí prvního stupně výslovně uvedl,

že ukládá pokutu ve výši 20 000 Kč za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí. Z toho dle předsedy žalovaného jednoznačně vyplývá, že pokuta byla rozhodnutím prvního stupně uložena za oba správní delikty. V souvislosti s výší uložené pokuty odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Nesnížil ji zejména proto, že by tato následně dle jeho názoru již nenaplňovala preventivní ani represivní funkci sankce. Výše pokuty uložená v napadeném rozhodnutí je tedy dle předsedy žalovaného přiměřená, kdy při jejím ukládání postupoval zcela v mezích správního uvážení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 7. 2004, č. j. 5 Azs 105/2004-72, publ. pod č. 375/2004 Sb. NSS).

IV. Replika

14. Žalobce v podané replice nesouhlasil s hodnocením naplnění materiální stránky správního deliktu, který přednesl ve svém vyjádření předseda žalovaného a setrval na svém názoru uvedeném v žalobě. Dle žalobce by výklad žalovaného *ad absurdum* mohl vést k tomu, že za správní delikty budou považovány např. pravopisné chyby nebo nejasná vyjádření zadavatele.
15. Ve vztahu k povaze dokumentu oznámení o zakázce a k závažnosti předmětného pochybení žalobce setrval na svých tvrzeních uvedených v žalobě.
16. K hodnocení postupu při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu způsobem pro nadlimitní zakázky žalobce uvedl, že předseda žalovaného zcela opomíjí aplikaci § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Z tohoto ustanovení žalobce dovozuje zákonodárcem úmyslné vyloučení z právní úpravy případu, kdy zadavatel veřejné zakázky malého rozsahu zahájí zadávání veřejné zakázky způsobem platným pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky. Argumentace komentářovou literaturou dle žalobce nemůže obstát, neboť by tato vzhledem ke svému znění dotvářela právo, tudíž je ji třeba jako protiústavní odmítnout.
17. Žalobce na závěr setrval na svém názoru, že došlo k porušení zákazu *reformatio in peius* ve vztahu k uložené pokutě.

V. Posouzení věci krajským soudem

18. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, 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.). Tímto postupem soud dospěl k názoru, že žaloba je důvodná a na základě § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. bez nařízení jednání rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.
19. Ze spisu vyplynuly následující pro rozhodnutí ve věci samé podstatné skutečnosti. Žalobce v rámci veřejné zakázky č. 1 v oznámení o zakázce, konkrétně v bodu IV.3.4), které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 3. 2014 pod ev. č. 482003, stanovil lhůtu pro doručení nabídek do 5. 5. 2014, 9:00 hod. Stejného dne žalobce uveřejnil na svém profilu zadávací dokumentaci k veřejné zakázce č. 1, přičemž v jejím bodu 12. uvedl, že se nabídky podávají písemně v listinné podobě a ve lhůtě pro podání nabídek do 19. 5. 2014, 9:00 hod. Veřejná zakázka č. 1, ač dle § 12 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách v hodnotě

veřejné zakázky malého rozsahu, byla zadána v otevřeném řízení pro nadlimitní veřejné zakázky na dodávky. Výše uvedené není stranami soudního řízení předmětem sporu.

20. Z písemné zprávy zadavatele ze dne 25. 7. 2014 vyhotovené v souladu s § 85 zákona o veřejných zakázkách, která byla soudu předložena žalobcem, vyplynulo, že nabídku k veřejné zakázce č. 1 podali dva uchazeči, přičemž dne 23. 7. 2014 byla s vybraným uchazečem uzavřena smlouva na její plnění.
21. Žalovaný ve společném řízení o spojených správních řízeních vedených pod sp. zn. S0426/2015/VZ a sp. zn. S0445/2015/VZ rozhodnutím prvního stupně ve výroku I. rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce č. 1 uvedl odlišnou lhůtu pro podání nabídek než v oznámení o zakázce, ačkoliv za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel, čímž nedodržel zásadu transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce na citovanou veřejnou zakázku uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu.
22. Ve výroku II. rozhodnutí prvního stupně žalovaný rozhodl, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách v souvislosti s plněním veřejné zakázky č. 2.
23. Výrokem III. pak žalovaný uložil žalobci za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokutu ve výši 20 000 Kč.
24. Proti rozhodnutí prvního stupně podal žalobce dne 18. 11. 2015 blanketní rozklad, a to proti všem výrokům daného rozhodnutí, který doplnil podáním ze dne 27. 11. 2015.
25. Předseda žalovaného na základě podaného rozkladu rozhodl tak, že výrokem I. potvrdil výrok I. rozhodnutí prvního stupně a podaný rozklad v části směřující ke skutku popsaném ve výroku I. zamítl, výrokem II. zrušil výrok II. rozhodnutí prvního stupně a správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu popsaného ve výroku II. zastavil, a výrokem III. změnil výrok III. rozhodnutí prvního stupně tak, že za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně se žalobci ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokuta ve výši 20 000 Kč.

Absence materiální stránky správního deliktu pro nedostatek zavinění

26. K námitce absence materiální stránky správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně, který byl potvrzen napadeným rozhodnutím, považuje zdejší soud za vhodné nejprve shrnout relevantní právní úpravu a judikaturu správních soudů dopadající na daný případ.
27. Dle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle daného zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
28. Ustanovení § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách shrnuje zadávací dokumentaci jako soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících

předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

29. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
30. Dle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránila.
31. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, publ. pod č. 2189/2011 Sb. NSS, ve vztahu k zásadě transparentnosti při zadávání veřejných zakázek formuloval obecný názor, že *„[...] podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. [...] [Z]jištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, se musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli.“*
32. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011-72, dále uvedl, že *„[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla. Pokud pak zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavatelské požadavky na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Je třeba zdůraznit, že je to zadavatel, kdo zadávací dokumentaci vyhotovuje, případně nechává vyhotovovat, a kdo také za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá (§ 44 odst. 1 ZVZ).“*
33. Podle názoru Krajského soudu v Brně uvedeném v rozsudku ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 50/2010-104, publ. pod č. 2608/2012 Sb. NSS, je zadávací řízení *„[...] vysoce formalizovanou procedurou, kde i formální pochybení může způsobit negativní (a pro uchazeče až fatální) následky.“*
34. Při aplikaci výše uvedených zákonných ustanovení i judikатурních názorů na posuzovanou věc má zdejší soud za to, že ze strany žalobce došlo k porušení zásady transparentnosti jednáním spočívajícím v uvedení odlišné lhůty k podání nabídek v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce č. 1. Vzhledem k tomu, že jsou právní úpravou na zadavatele veřejných zakázek kladeny určité nároky na formální správnost jejich vyhotovovaných dokumentů, nelze z této požadované kvality slevovat pouze z důvodu

administrativního pochybení. Ostatně odpovědnost za předmětný správní delikt je dle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách koncipována jako objektivní, tedy bez ohledu na zavinění. Právě i z toho lze usuzovat na bezpředmětnost tvrzení, že došlo k „pouhé“ administrativní chybě či absenci úmyslu uvést odlišné lhůty pro podávání nabídek. Soud pak považuje oproti názoru žalobce použití obecných závěrů uvedených v rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 50/2011 na nyní projednávaný případ žalovaným i jeho předsedou za příléhavé, neboť se týkají všeobecných požadavků kladených na zadávací dokumentaci.

35. K posuzování materiální stránky správního deliktu se Nejvyšší správní soud v minulosti vyjadřoval již několikrát (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-45, publ. pod č. 2011/2010 Sb. NSS), kdy např. v rozsudku ze dne 17. 2. 2016, č. j. 1 As 237/2015-31 uvedl, že: *„[m]ateriální znak obrozovacího správního deliktu spočívající ve společenské škodlivosti je naplněn již samotným vytvořením potenciálně nebezpečné situace, aniž by muselo dojít ke konkrétním škodlivým důsledkům. Součástí skutkové podstaty obrozovacích deliktů totiž není následek v po době zasažení do zákonem chráněných zájmů, nýbrž postačí pouhé jejich ohrožení.“*
36. Uvedenou judikaturou soud nikterak nezpochybňuje fakt, že k naplnění materiálního znaku správního deliktu nemusí dojít vždy, když je naplněn jeho formální znak. Stejně tak souhlasí s žalobcem, že se materiální stránka protiprávního jednání v případě správních deliktů musí projevit již při posuzování jeho trestnosti. Nicméně dle ustálené judikatury správních soudů společenská škodlivost jednání není naplněna, pokud existují zvláštní okolnosti případu, které škodlivost jednání zásadním způsobem snižují pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy správních deliktů, resp. přestupků (např. význam právem chráněného zájmu, který byl deliktním jednáním dotčen, způsob provedení a následky, okolnosti, za kterých byl správní delikt spáchán, osoba pachatele či míra jeho zavinění, srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 1. 2013, č. j. 8 As 34/2012-35, ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-46, publ. pod č. 2011/2010 Sb. NSS, ze dne 26. 4. 2013, č. j. 5 As 76/2011-78, a ze dne 7. 4. 2017, č. j. 7 As 61/2017-34).
37. Žalobce v průběhu správního řízení před žalovaným a před jeho předsedou spatřoval snížení společenské škodlivosti svého deliktního jednání v absenci úmyslu. Toto tvrzení dle názoru zdejšího soudu nijak nenaplnuje požadavky na „zvláštní okolnosti“ případu. Jak již uvedl předseda žalovaného ve svém vyjádření k žalobě a zdejší soud přdestřel výše, v posuzovaném případě se jedná o správní delikt, přičemž odpovědnost za jeho spáchání je koncipována jako objektivní, tedy bez ohledu na zavinění [§ 120 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách]. K výše uvedené judikatuře Nejvyššího správního soudu zdejší soud uvádí, že míra zavinění jakožto materiální stránka je posuzována u těch správních deliktů *largo sensu*, jejichž znakem je i zavinění, tedy zpravidla u přestupků. Zde pak dochází k hodnocení toho, zda došlo k deliktnímu jednání z nedbalosti nebo v úmyslu. Dle názoru zdejšího soudu by bylo přinejmenším nesystematické, aby se při rozhodování o vině u správního deliktu s objektivní odpovědností, tj. odpovědností za nastalý protiprávní stav bez přihlédnutí k vnitřnímu stavu pachatele, přihlíželo k zavinění jakožto okolnosti snižující společenskou škodlivost. V takovém případě by institut objektivní odpovědnosti postrádal smysl, neboť vyloučením zavinění ze skutkové podstaty lze usuzovat na to, že zákonodárce považuje dané jednání za společensky škodlivé bez ohledu na subjektivní stránku pachatele.

38. Pro doplnění zdejší soud odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011-62, na který upozornil ve svém vyjádření předseda žalovaného, v němž bylo konstatováno, že „[i] přesto, že jsou správní orgány povinny konkrétní společenskou nebezpečnost deliktu zkoumat, není zpravidla nutno, aby se jí explicitně zabývaly i při odůvodňování svých rozhodnutí. V zásadě totiž platí, že materiální stránka správního deliktu je dána již naplněním skutkové podstaty deliktu. Až ve chvíli, kdy je z okolností případů jasné, že existují takové výjimečné skutečnosti, jejichž nezohlednění by vedlo k výsledku zjevně rozpornému s účelem a funkcí správního trestání (tedy ve chvíli, kdy konkrétní společenská nebezpečnost nedosahuje ani minimální hranice typové nebezpečnosti), musí se intenzitou konkrétní společenské nebezpečnosti zabývat i v odůvodnění. Obzvláště u správních deliktů, jejichž naplnění nevyžaduje zavinění, nebudou mít okolnosti obvykle zkoumané v souvislosti s konkrétní společenskou nebezpečností (jak vyplývá z výše uvedené judikatury NSS, jedná se např. o okolnosti jako je míra zavinění, vztah pachatele k jednání, způsob jeho spáchání, pohnutky a osoba pachatele) na naplnění materiální stránky deliktu žádný vliv. Tyto zvláštní okolnosti však mohou být zohledněny při stanovení sankce.“
39. Soud s ohledem na shora uvedené v tvrzení žalobce neshledal žádné mimořádné okolnosti, ze kterých by vyplývalo snížení míry škodlivosti jednání pod míru, která je typická pro běžně se vyskytující případy správních deliktů. Krajský soud tak považuje námitku absence materiální stránky správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně za nedůvodnou.
40. V reakci na argumentaci žalobce v replice krajský soud doplňuje, že rozhodně není možné *ad absurdum* dovozovat, že budou za správní delikty považovány např. pravopisné chyby, jelikož tyto samozřejmě nemohou mít vliv na transparentnost zadávacího řízení. Naopak vzhledem k výše uvedené judikatuře správních soudů mohou nepochybně nejasná vyjádření v zadávací dokumentaci způsobit porušení zásady transparentnosti, pokud to zapříčiní nečitelnost zadávacího řízení (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 50/2011). Tyto pak budou hodnoceny vždy vzhledem ke konkrétním okolnostem každého jednotlivého případu. Ani judikatura, ani žalovaný, resp. jeho předseda, ani zdejší soud pak netvrdí, že každá nejasnost zadávacích podmínek způsobuje porušení zásady transparentnosti (srov. rozsudky Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 50/2011 a ve věci sp. zn. 62 Af 50/2010).

K možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky

41. Žalobce byl též toho názoru, že předmětné administrativní pochybení nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jelikož zde neexistovali uchazeči, kteří by mohli být uvedením odlišné lhůty od podání nabídky odrazeni či jinak znevýhodněni, neboť racionálně uvažující uchazeč se neorientuje pouze podle oznámení o zakázce.
42. V souladu s názorem předsedy žalovaného uvedeným v jeho vyjádření není možné bez dalšího přijmout ničím nepodložený závěr, že oznámení o zakázce je dokument, jehož obsah není pro uchazeče o veřejnou zakázku podstatný. Uvedení informací o veřejné zakázce již v oznámení o zakázce dle názoru soudu shodně s názorem žalovaného zajišťuje potřebnou transparentnost zadávacího řízení a je zároveň důležité pro rozhodnutí uchazečů, zda se zadávacího řízení zúčastní či nikoliv. Proto je nutné informace uvedené v oznámení o zakázce považovat za stěžejní pro další zájem uchazečů o zadávací dokumentaci a pro případné podání nabídky v zadávacím řízení veřejné zakázky.

43. Jestliže žalobce v posuzovaném případě stanovil v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci různou lhůtu pro podání nabídek, tak tím mohlo dojít ke značnému znejasnění zadávacích podmínek veřejné zakázky, v jehož důsledku mohli být uchazeči odrazeni od podání nabídky. Žalobcovo subjektivní hodnocení racionality potenciálních uchazečů, případně uživatelské přívětivosti oznámení o zakázce a jeho bezvýznamnosti oproti zadávací dokumentaci bez předložení jakýchkoli důkazů podporujících tato tvrzení zdejší soud považuje za spekulaci založenou na jeho vlastních domněnkách. K tomu však soud dodává, že i kdyby byl žalobce schopen tyto důkazní prostředky doložit, jsou žalobní námitky vztahující se k možnosti, resp. nemožnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky založeny na zpochybňování hypotézy, kterou přitom dle níže uvedené judikatury správních soudů není možné jakkoli prokazovat (viz bod 44 odůvodnění tohoto rozsudku). Tudíž by ani důkazy na podporu skutečností jako určitého uvažování uchazečů či zanedbatelnosti oznámení o zakázce nevedly k tomu závěru, že nemohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
44. Jak již bylo uvedeno žalovaným v odůvodnění rozhodnutí prvního stupně, zákon o veřejných zakázkách ve svém § 120 odst. 1 písm. a) nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které na její výběr mít vliv mohlo. K tomu se vyjádřil v minulosti i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 20. 3. 2010, č. j. 62 Af 58/2010-159, kde konstatoval, že „[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou. Žalovaný v daném případě možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky shledal a dostatečným způsobem svůj závěr odůvodnil. K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“
45. V případě, kdy žalobce, ač pouze administrativní chybou, způsobí, že v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci k veřejné zakázce jsou uvedeny odlišné údaje o lhůtě pro podání nabídek, nelze tvrdit, že o této skutečnosti nevznikají žádné pochybnosti a že tato chyba není právnímu jednání na újmu. Naopak dle soudu je možné konstatovat, že předmětné pochybení žalobce vzhledem ke skutkovým okolnostem případu mohlo být natolik zásadní, že potenciální uchazeči na základě informací uvedených v oznámení o zakázce již dále nepředpokládali svoji účast v zadávacím řízení a o zakázku se dále nezajímali. Je tedy zřejmé, že tato administrativní chyba mohla podstatným způsobem ovlivnit okruh potenciálních uchazečů.
46. K námitce požadavku dokazování negativních skutečností v podobě neexistence možnosti podání další nabídky i přes stanovení konce lhůty pro podání nabídek různým způsobem soud opakuje, že správní delikt vymezený v § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je deliktem ohrožovacím (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012-40). Pro spáchání ohrožovacího deliktu stačí, je-li zákonem chráněný zájem pouze ohrožen, přičemž škodlivý následek nemusí nutně nastat. Je současně zřejmé, že pokud může dojít k naplnění podstaty správního deliktu bez toho, aby zde byl skutečný škodlivý následek, nelze ani potencialitu vzniku škodlivého následku (vlivu na výběr nejvhodnější nabídky) ze své podstaty nade vší pochybnost prokázat. Takový závěr ostatně vyplývá i z výše uvedeného rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 58/2010. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí pouze uvedl, jakým způsobem by bylo možné se z ohrožovacího deliktu liberovat, ač uvedený postup

s největší pravděpodobností v souladu s tzv. negativní důkazní teorií není možné realizovat. Tento projev předsedy žalovaného v rámci odůvodnění jeho rozhodnutí nelze považovat za zpochybňující výše uvedené závěry o prokazování možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky jakožto naplnění skutkové podstaty ohrožovacího deliktu.

47. Zdejší soud se dále neztotožnil ani s názorem žalobce ohledně postupu předsedy žalovaného při zkoumání naplnění materiální stránky posuzovaného správního deliktu z hlediska porušení chráněného zájmu. Dle předsedy žalovaného (bod 54 odůvodnění napadeného rozhodnutí) byla společenská škodlivost deliktního jednání žalobce ve vztahu k správnímu deliktu uvedenému ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně naplněna zejména z toho důvodu, že jednání žalobce v podobě uvedení rozdílných informací v zadávací dokumentaci a v oznámení o zakázce mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tím mohl být ohrožen zájem, který je chráněn prostřednictvím § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tj. především ochrana dodržování zákona a zároveň ochrana výběru nejvhodnější nabídky. Zdejší soud v tomto, ani v dalších bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí neshledává tautologii. Ze znění napadeného rozhodnutí totiž vyplývá, že předseda žalovaného považoval uvedení odlišné lhůty pro podání nabídek za porušení chráněného zájmu, nikoliv za chráněný zájem jako takový.
48. Krajský soud k této sérii žalobních námitek doplňuje, že není možné nade vší pochybnost vyloučit existenci uchazeče, který byl odrazen kratší lhůtou stanovenou v oznámení o zakázce, když v zadávací dokumentaci byla uvedena lhůta o 14 dní delší. Žalobce si totiž nepřipouští situaci, kdy by se potenciální uchazeč zajímal o zakázku až ke konci lhůty uvedené v oznámení o zakázce, ačkoliv by mu ve skutečnosti bylo zbývalo k přípravě nabídky více než 14 dní.
49. Na základě výše uvedeného zdejší soud i soubor námitek vztahujících se k nemožnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky považuje za nedůvodný.

Nedostatek kompetence

50. Krajský soud shledal neopodstatněnou i námitku vztahující se k nedostatku kompetence žalovaného k posuzování jednání žalobce, spočívající v tom, že veřejná zakázka č. 1 je zakázkou malého rozsahu ve smyslu § 12 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, a žalobce tedy nebyl v souladu s § 18 odst. 5 tohoto zákona povinen dle stejného zákona postupovat.
51. Dle § 26 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách pokud veřejný zadavatel zahájí zadávání podlimitní veřejné zakázky postupem platným pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky. Zahájí-li veřejný zadavatel zadávání veřejné zakázky malého rozsahu (§ 12 odst. 3) postupem platným pro zadávání podlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání podlimitní veřejné zakázky.
52. Zdejší soud souhlasí s žalobcem, že v daném ustanovení zákona o veřejných zakázkách není stanoveno pravidlo pro postup zadavatele při zadání veřejné zakázky malého rozsahu způsobem platným pro nadlimitní zakázky, jak tomu bylo v posuzovaném případě. Předmětná chybějící úprava je však dle názoru krajského soudu nepravou mezerou v zákoně, na rozdíl od názoru žalobce, který tento stav považuje za úmysl zákonodárce s odkazem na znění § 18 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, a to z níže uvedených důvodů.

53. Problematikou mezer v zákoně se přehledně zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 As 7/2008-116, publ. pod č. 1953/2009 Sb. NSS, v němž uvedl: „*Nejvyšší správní soud se tedy zabýval situací, kterou psané právo nebere na zřetel. Dále je proto třeba posoudit, zda se jedná o mezeru v zákoně (srov. Melzer, F. Metodologie nalézání práva, Brno: služba Knihovnička, 2008, s. 174 a násl., který hovoří o teleologické mezeře; resp. Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Praha: Karolinum, 2002, s. 205 a násl., který hovoří o axiologické mezeře), nebo o úmysl zákonodárce. Existence mezery v zákoně je podmíněna nezamýšlenou neúplností právního řádu. Ta nastává tehdy, když zákonodárce nevzal v potaz hodnoty, principy, či argumenty, které jsou imanentní právnímu řádu jako celku. Nelze jí rozumět rozpor s principem účelnosti nebo právně politickými představami interpreta, ale s teleologickým pozadím celého právního řádu. Prvně zmíněný rozpor je řešitelný pouze změnou právní úpravy, zatímco teleologická mezera v zákoně obecně připouští její vyplnění, podle charakteru mezery buď analogií, nebo teleologickou redukcí.*“
54. Je nutné rozlišovat mezi tzv. mezerou pravou a nepravou. O mezeru pravou se jedná v situaci, kdy „[...] aplikace jedné právní normy logicky předpokládá jinou právní normu, která však chybí a bez jejíhož doplnění je dané ustanovení neaplikovatelné.“ (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 3. 2013, čj. 1 As 21/2010-65, publ. pod č. 2838/2013 Sb. NSS). Obsahem mezery nepravé je pak „*neúplnost psaného práva ve srovnání s explicitní úpravou obdobných případů, tj. neúplnost z pohledu principu rovnosti anebo z pohledu obecných právních principů*“ (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 83/06, publ. pod č. 116/2008 Sb. ÚS n.).
55. V neposlední řadě je taktéž nutno rozlišovat mezi mezerou vědomou, u níž je vyloučeno její vyplnění interpretací soudu, a nevědomou, u níž aktivita soudu vyloučena není (srov. výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 As 7/2008). Jak vyplývá z usnesení Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13, publ. pod č. 47/2014 Sb. ÚS u., je-li právní úprava zákonodárcem koncipována s vědomím teleologického rozporu (vědomá mezera), pak obecný soud či Ústavní soud nemůže toto řešení změnit, ale může dojít jen ke zrušení právního předpisu. Shrnuto, mezerou v zákoně, způsobitou být řešenou cestou dotváření práva, se rozumí neúplnost zákona protiplánová (z hlediska záměru zákonodárce). Jak poznamenal Ústavní soud ve zmíněném usnesení ve věci sp. zn. III. ÚS 2264/13, „[t]o, zda šlo o vědomé či nevědomé rozhodnutí zákonodárce (mezeru vědomou či nevědomou), lze zjistit především jasně průkazným úmyslem zákonodárce.“
56. Z důvodové zprávy vládního návrhu zákona o veřejných zakázkách (dostupná na www.psp.cz) záměr zákonodárce vyloučit z úpravy veřejné zakázky malého rozsahu zadané způsobem platným pro nadlimitní zakázky nikterak nevyplývá. Konkrétně důvodová zpráva k § 13 až § 16 zákona o veřejných zakázkách konstatuje, že „[k]aždý zadavatel je povinen před pořízováním zboží, služeb či stavebních prací stanovit předpokládanou hodnotu tohoto zboží, služeb či stavebních prací. [...] Na základě stanovené předpokládané hodnoty zakázky postupuje zadavatel dle ustanovení platných pro zadávání nadlimitních či podlimitních veřejných zakázek, popřípadě mimo režim zákona (viz výjimky dle § 18 a § 19).“ K § 18 předmětného zákona důvodová zpráva uvádí, že „[j]ako specifickou výjimku lze charakterizovat vyloučení veřejných zakázek malého rozsahu z působnosti zákona. V tomto případě, byť se jedná o veřejné zakázky, nejsou tyto veřejné zakázky zadávány v režimu zákona; zákon zde pouze odkazuje na dodržení základních zásad uvedených v § 6 [zákonu o veřejných zakázkách – pozn. soudu].“ Je zřejmé, že pokud zákonodárce v § 18 odst. 5

zákona o veřejných zakázkách odkazuje na postup dle § 6 stejného zákona, má tím na mysli situaci, kdy veřejná zakázka malého rozsahu nebude zadána postupem platným pro zadávání nadlimitních či podlimitních veřejných zakázek, ale mimo režim zákona.

57. Podle krajského soudu by odporovalo účelu zákona o veřejných zakázkách a požadavku rovnosti umožnit postupovat zadavateli podle přísnějšího režimu, avšak pouze při zadání veřejné zakázky malého rozsahu postupem určeným pro nadlimitní veřejné zakázky nepožadovat po zadavateli dodržování pravidel vybraného striktnějšího postupu. Toto by bylo rozporu se smyslem komplexního zadávání veřejných zakázek jakožto vysoce formalizovaného procesu, jehož cílem je zajistit korektní soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku, kdy instituty zákona o veřejných zakázkách musí zadavatel využívat se všemi jejich náležitostmi a zákonnými podmínkami (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 2. 2018, č. j. 29 Af 22/2016-54). Naopak lze usuzovat na opomenutí zákonodárce předmětnou situaci řešit, jelikož patrně neočekával, že bude mít zadavatel zájem zadat veřejnou zakázku malého rozsahu způsobem platným pro veřejnou zakázku nadlimitní. Dle obecného účelu § 26 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách totiž jasně vyplývá, že v případě, kdy by zadavatel započal zadávat veřejnou zakázku postupem přísnějším, musí se řídit pravidly stanovenými pro vybraný režim po celou dobu zadávacího řízení.
58. Z uvedeného vyplývá, že nelze zjistit úmysl zákonodárce vyloučit z režimu zákona o veřejných zakázkách veřejné zakázky malého rozsahu zadané způsobem platným pro nadlimitní zakázky, přičemž tuto absenci je nutné vnímat jako neúplnost právní úpravy z pohledu smyslu a účelu zákona. Jedná se tak jak o mezeru nevědomou, tak nepravou a jako takovou je nutné ji zaplnit. Pokud by totiž soud dospěl k opačnému závěru a uvedenou mezeru by odmítl zaplnit, resp. by ji vůbec neshledal, vedlo by takové řešení k nespravedlivému výsledku (viz předchozí odstavec odůvodnění tohoto rozsudku).
59. Mezeru v zákoně lze zaplnit podle charakteru buď pomocí teleologické redukce, nebo pomocí analogie (srov. výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 8 As 7/2008). Teleologická redukce spočívá v odepření aplikace daného ustanovení na případy, na které sice dopadá jeho dikce, avšak nikoli jeho smysl a účel (srov. nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06, č. 221/2007 Sb. ÚS n.). V tomto případě však žádné ustanovení, jehož dikce by se na daný případ vztahovala, neexistuje, a tak nezbyvá než využít analogie. Analogii lze připustit *„pouze v případě, že se nedostane do rozporu s jasnou a jednoznačně vyjádřenou vůlí zákonodárce, neboť tím by soud narušil princip dělby moci“* (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 4. 2014, čj. 6 Ads 99/2013-18, publ. pod č. 3158/2015 Sb. NSS). Jak vyplývá ze shora uvedeného, neexistuje jasná a jednoznačná vůle zákonodárce vyloučit z režimu zákona veřejné zakázky malého rozsahu zadané způsobem platným pro nadlimitní zakázky, a proto lze k analogii přistoupit.
60. Již v rozsudku ze dne 14. 9. 2011, č. j. 9 As 47/2011-105, Nejvyšší správní soud vyslovil, že *„[a]nalogií aplikace práva je třeba rozumět řešení právem neupravených vztahů podle právní úpravy vztahů podobných. Teorie práva rozlišuje tzv. analogii legis, tedy situaci, kdy se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou aplikuje právní norma, která je obsažena ve stejném zákoně a která upravuje skutkovou podstatu nejpodobnější, a tzv. analogii iuris, tzn. situaci, kdy lze výjimečně aplikovat právní zásady příslušného právního odvětví, případně dokonce obecné právní zásady, které obsahuje celý právní řád, ovšem pouze za předpokladu, že není možné postupovat prostřednictvím analogie legis. Použití analogie iuris je ve veřejném právu značně nežádoucí, zatímco použití analogie legis lze za účelem vyplnění mezer v procesní úpravě za*

předpokladu, že je to ve prospěch ochrany práv účastníků řízení, použít (blíže k této otázce viz nálezn Ústavního soudu ze dne 26. 4. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 21/04, č. 240/2005 Sb. [...], či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2005, čj. 1 As 25/2005-70). Doktrína připouští ve veřejném právu použití analogie legis pouze v omezené míře, a to navíc pouze pro použití v situacích, kdy zákon danou právní problematiku vůbec neřeší. V takovém případě je přípustné pro výklad chybějící právní úpravy či pojmu podpůrně užít zákonného ustanovení svou povahou a účelem nejbližšího.“

61. Jelikož zákon o veřejných zakázkách obsahuje normu upravující podobnou skutkovou podstatu (§ 26 odst. 5), je možné přistoupit k analogii legis a dojít k závěru, že zahájí-li veřejný zadavatel zadávání veřejné zakázky malého rozsahu postupem platným pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky, postupuje podle ustanovení platných pro zadávání nadlimitní veřejné zakázky.
62. Ostatně výše uvedené stručným způsobem podporuje i komentářová literatura, dle které by teoreticky „[...] obdobné pravidlo platilo i pro případ, kdy by veřejný zadavatel započal zadávat veřejnou zakázku malého rozsahu postupem pro nadlimitní veřejnou zakázku. Toto sice komentované ustanovení neobsahuje, k tomuto názoru se lze dobrat analogií legis.“ (viz Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. 4. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2015, s. 350)
63. Pravomoc žalovaného je tudíž v případě posuzované veřejné zakázky č. 1 dána, neboť se vytváří fikce, že zadavatel zadává nadlimitní veřejnou zakázku, jak ostatně byla označena také příslušná zadávací dokumentace.
64. K námitce žalobce, že zákon o zadávání veřejných zakázek rovněž neobsahuje úpravu postupu zadavatele, který zadává veřejnou zakázku malého rozsahu přísnějším zadávacím režimem, uvádí zdejší soud, že § 4 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách stanovuje, že v případě, že zadavatel zahájí zadávací řízení, i když k tomu nebyl povinen, je povinen ve vztahu k zadávané veřejné zakázce dodržovat tento zákon. Znamená to tedy, že zákon o zadávání veřejných zakázek taktéž obsahuje povinnost zadavatele dodržovat zákon o zadávání veřejných zakázek i v průběhu takového zadávacího řízení, které nebyl povinen zahájit, pokud ho však ze své vůle zahájil.
65. Z komentářové literatury vztahující se k výše uvedenému § 4 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek vyplývá, že „[p]okud však zadavatel takové rozhodnutí učiní a veřejnou zakázku, která splňovala parametry např. veřejné zakázky malého rozsahu, zadá v zadávacím řízení v nadlimitním režimu, musí dodržet všechna relevantní pravidla pro takové zadávací řízení. Naopak se nemůže zpětně dovolávat jakýchkoli úlev z těchto pravidel s ohledem na to, že měl možnost postupovat dle mírnější právní úpravy, již však na základě vlastní volby nevyužil“ (viz PODEŠVA, Vilém. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 26).
66. Z výše uvedeného plyne, že i zákon o zadávání veřejných zakázek obsahuje jasné pravidlo vztahující se k aplikaci přísnějšího režimu zadávání. Pokud byla nyní projednávaná veřejná zakázka zadána v nadlimitním režimu, ačkoli tomu tak nemuselo být, bylo nutné, aby zadavatel pravidla stanovená pro tento režim dodržel. Tudíž by i při aplikaci úpravy zákona o zadávání veřejných zakázek byla pravomoc k posuzování předmětného správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně svěřena žalovanému.
67. K námitce uvedené v replice žalobce ohledně protiústavnosti argumentace komentářovou literaturou odkazuje zdejší soud na výše uvedené, kde dospěl k názoru, že se jedná o

nevědomou nepravou mezeru v zákoně, kterou mají soudy pravomoc vyplňovat, přičemž se tento shoduje s obsahem předmětné komentářové literatury.

K uložené pokutě

68. Na závěr své žaloby žalobce namítal porušení zákazu *reformatio in peius* ze strany předsedy žalovaného a nepřiměřenost výše pokuty uložené napadeným rozhodnutím.
69. V souvislosti s porušením zákazu rozhodnutí k horšímu, tedy změny uložené sankce v neprospěch žalobce, považoval zdejší soud shrnout právní úpravu dopadající na daný případ a související judikaturu.
70. Dle § 12 odst. 2 věty první zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění účinném ke dni vydání napadeného rozhodnutí (dále jen „zákon o přestupcích“) se za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejprísněji postižitelný. Tento způsob ukládání sankcí za přestupky je pak projevem absorpční zásady.
71. Nejvyšší správní soud dovodil, že se absorpční zásada uplatní i u jiných správních deliktů *stricto sensu*: „*Při souběhu více správních deliktů (zde: vícečinný souběh) je analogické použití zásady absorpční (§ 12 odst. 2 zákona ČNR č. 200/1990 Sb., o přestupcích) přípustné, nestanoví-li příslušný právní předpis jinak.*“ (rozsudek ze dne 22. 9. 2005, č. j. 6 As 57/2004-54, publ. pod č. 772/2006 Sb. NSS), „*Absorpční zásada (při stanovení rozhodné sazby, v níž se ukládá sankce za více deliktů s různými sazbami, přísnější sankce „pohlcuje“ sankci mírnější) patří mezi obecné zásady trestání soudního i správního a uplatní se per analogiam i v řízení o jiných správních deliktech, neboť se tak děje ve prospěch obviněného.*“ (rozsudek ze dne 19. 2. 2015, č. j. 1 As 143/2014-52), „*Použití absorpční zásady se vztahuje pouze k výměře úhrnné sankce, což nic nemění na skutečnosti, že delikvent je uznán vinným ze spáchání více deliktů.*“ (rozsudek ze dne 28. 8. 2015, č. j. 2 As 43/2015-51) a „*V případech, kdy dochází ke spáchání dvou správních deliktů v souběhu, je namístě vést o nich společné řízení a uložit jednu sankci za užití zásady absorpční, podle níž přísnější trest pohlcuje mírnější.*“ (rozsudek ze dne 21. 4. 2016, č. j. 2 Afs 7/2016-36).
72. Podle § 90 odst. 3 správního řádu odvolací správní orgán nemůže změnit napadené rozhodnutí v neprospěch odvolatele, ledaže odvolání podal také jiný účastník, jehož zájmy nejsou shodné, anebo je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo jiným veřejným zájmem.
73. Pro řízení o rozkladu dle § 152 odst. 4 správního řádu, nevylučuje-li to povaha věci, platí ustanovení o odvolání.
74. Žalobce jako právnická osoba byl shledán rozhodnutím prvního stupně odpovědným za dva správní delikty zadavatele shodně dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.
75. Při aplikaci výše uvedeného na posuzovanou věc je nutné dojít k závěru, že žalovaný postupoval řádně, když o správních deliktech uvedených ve výrocích I. a II. rozhodnutí prvního stupně rozhodoval ve společném řízení a následně za ně dle zásady absorpce uložil jedinou sankci podle ustanovení vztahující se na správní delikt nejprísněji postižitelný, což byl v daném případě ten popsáný ve výroku II. rozhodnutí prvního stupně.
76. Nelze však dle úvahy žalobce dojít k tomu závěru, že žalovaný ukládal trest pouze na správní delikt uvedený ve výroku II., když žalovaný ve výroku III. rozhodnutí prvního

stupně výslovně uvedl, že ukládá pokutu ve výši 20 000 Kč za spáchání správních deliktů uvedených ve výroci I. a II. daného rozhodnutí. Z dané formulace dle názoru soudu, který se shoduje s názorem předsedy žalovaného, jasně vyplývá, že pokuta uložená výrokem III. rozhodnutí prvního stupně byla uložena jednak za správní delikt uvedený ve výroku I. a jednak za správní delikt uvedený ve výroku II. předmětného rozhodnutí.

77. Na základě výše uvedeného dospěl soud k závěru, že změnou výroku III. rozhodnutí prvního stupně výrokem III. napadeného rozhodnutí nemohlo dojít k porušení zákazu *reformatio in peius*. Ze skutečnosti, že byla žalobci za souběh správních deliktů uložena úhrnná sankce stanovená v souladu s požadavky zákonné úpravy, nelze dovozovat, že se předmětná sankce vztahovala pouze k přísněji trestanému deliktu a všechny ostatní správní delikty byly bez postihu. Tento výklad by směřoval za smysl a účel úhrnného trestání, které má pro pachatele představovat pouze výhodnější postup, neboť se v něm zohledňuje skutečnost, že se pachatel dopustil dalšího správního deliktu, aniž byl varován rozhodnutím, jímž by byl uznán vinným za se dřívější trestný čin. Takto uložená sankce má povahu jednotné sankce, protože po vnější stránce se v podstatě neliší od sankce ukládané za jediný správní delikt, přičemž za jednotlivé sbíhající se správní delikty se nestanoví žádné dílčí sankce, resp. jejich části, které by odpovídaly povaze a závažnosti každého ze sbíhajících se trestných činů.
78. Co se týká výše pokuty uložené žalobci napadeným rozhodnutím za správní delikt uvedený ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně, soud v zásadě souhlasí s názorem žalovaného, že sankci za spáchání správního deliktu je nutno chápat jako právní následek porušení zákona, který pro pachatele má znamenat určitou majetkovou újmu. Sankce má jistě působit výchovně a preventivně, přičemž se v ní má projevit i represivní funkce, tedy postih za porušení zákonem stanovené povinnosti (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 10. 2014, č. j. 62 Af 14/2013-296).
79. Zdejší soud však odůvodnění toho, proč byla pokuta uložena v původní výši i za méně přísně trestný správní delikt, považuje za nedostatečné. Krajský soud připomíná, že předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí ve výroku III. neukládal úhrnný trest za souběh správních deliktů, jako v případě rozhodnutí prvního stupně žalovaný, ale pouze sankci za jeden správní delikt. V celém svém rozhodnutí předseda žalovaného pak fakticky, když zrušil výrok II. rozhodnutí prvního stupně, rozhodoval znovu o vině žalobce, a to tedy za správní delikt popsany ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně. Současně tak rozhodoval znovu i o sankci za daný správní delikt. Zdejší soud je toho názoru, že v takovém případě je správní orgán při ukládání sankce povinen vždy znovu posoudit všechny relevantní okolnosti spáchání správního deliktu, a to samostatně, bez vazby na předchozí rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.
80. Z napadeného rozhodnutí i vyjádření předsedy žalovaného k žalobě přitom vyplývá, že toliko vycházel zejména z rozhodnutí správního orgánu prvního stupně a v zásadě jediným důvodem pro ponechání stejné výše pokuty byla domněnka předsedy žalovaného o tom, že by nižší pokuta vzhledem k ekonomické situaci zadavatele neplnila preventivní ani represivní funkci. Při maximální možné pokutě ve výši 141 479 Kč, tak předseda žalovaného zachoval výši pokuty 20 000 Kč, kdy v případě přísněji hodnoceného správního deliktu uvedeného ve výroku II. rozhodnutí prvního stupně maximální hodnota pokuty činila 218 509 Kč. Rozdíl v těchto horních hranicích činí 77 030 Kč, což přesahuje trojnásobek uložené pokuty. Dále je možné uvést, že uložená pokuta v případě přísněji trestného správního deliktu činila po zaokrouhlení 9,15 % z maximální možné výše,

zatímco v případě správního deliktu uvedeného ve výroku I. rozhodnutí prvního stupně, tedy mírněji hodnoceného, to již bylo 14,14 % z maximální možné výše 141 479 Kč. K těmto nemalým rozdílům se předseda žalovaného žádným způsobem v rámci napadeného rozhodnutí nevyjádřil.

81. Soud si je vědom toho, že nejen zákon o veřejných zakázkách dává v rozhodování o výši ukládané pokuty správním orgánům, tj. i žalovanému, resp. jeho předsedovi značnou míru správní diskrece (srov. předsedou žalovaného odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5 Azs 105/2004), když nestanovuje dolní hranici její sazby. V takovém případě však dle názoru zdejšího soudu nelze rezignovat na vypořádání se s rozdílností ukládané pokuty ve vztahu k různým hodnotám horní hranice sazby a zhodnocením všech dalších relevantních okolností.
82. V této části tak krajský soud shledal napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů a žalobní námitku, ač výslovně napadající nepřiměřenost výše pokuty a pouze implicitně neodůvodněnost zachování její výše, za důvodnou.
83. I přes výše uvedené však dle zdejšího soudu není možné uvažovat o zjevné nepřiměřenosti uložené pokuty, a to vzhledem ke spáchanému správnímu deliktu s přihlédnutím k závažnosti správního deliktu (ohrožující správní delikt), způsobu spáchání (nedbalostní) i jeho následkům (nebylo prokázáno reálné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky). Z tohoto důvodu tak krajský soud nepřistoupil k žalobcem navrhovanému moderování předmětné pokuty uložené výrokiem III. napadeného rozhodnutí, resp. rozhodnutí prvního stupně.

VI. Shrnutí a náklady řízení

84. S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud po provedeném řízení k závěru, že napadené rozhodnutí je třeba zrušit pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů k výši uložené pokuty. Zdejší soud tak napadené rozhodnutí dle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. bez nařízení jednání zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V dalším řízení je žalovaný dle § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán právním názorem soudu.
85. Výrok o náhradě nákladů řízení vychází z § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce byl ve věci úspěšný, soud mu proto přiznal právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Náklady řízení žalobce sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 3 000 Kč a z odměny a náhrady hotových výdajů zástupce žalobce. Odměna zástupce činí dle § 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5. a § 11 odst. 1 písm. a) a d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů za tři úkony právní služby (příprava a převzetí věci, sepsí žaloby, sepsí písemného podání ve věci samé – replika k vyjádření žalovaného) 3 x 3 100 Kč a náhrada hotových výdajů činí dle § 13 odst. 3 citované vyhlášky 3 x 300 Kč. Jelikož je zaměstnavatel zástupce plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se odměna a náhrada hotových výdajů o částku odpovídající této dani, tj. o 2 142 Kč. Celková výše nákladů řízení žalobce tak činí 15 342 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační

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

Brno 28. února 2019

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu