



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudkyně Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Ing. Venduly Sochorové ve věci

žalobce: **město Šumperk**, IČ 00303461
nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk
zastoupený Doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem
Obilní trh 6, Brno

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

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R414/2014/VZ-31197/2015/323/RBu

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad proti předchozímu prvostupňovému rozhodnutí žalovaného ze dne 10. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S607/2014/VZ-23896/2014/553/MKn, kterým bylo výrokem I. rozhodnuto, že se žalobce v pozici zadavatele dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění účinném v okamžiku zahájení zadávacího řízení, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Cyklostezka Šumperk – Dolní Studénky“ v otevřeném řízení, jehož „Oznámení o zakázce“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 5. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 344871, ve znění oprav uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 5. 2013, nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 citovaného zákona, když dodatečnou informací č. 1 ze dne 15. 5. 2013 změnil původní požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona, v jehož rámci byli uchazeči povinni doložit nejméně 3 referenční stavby typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na kterých se podíleli jako generální dodavatelé v letech 2008 – 2012 tak, že nově postačovalo, aby se uchazeči na právě specifikovaných referenčních stavbách podíleli pouze jako dodavatelé, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek, tak, aby od okamžiku změn zadávacích podmínek činila celou původní délku lhůty pro podání nabídky, ačkoliv tato změna mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 1. 7. 2013 uzavřena smlouva o dílo se společností STRABAG a.s. Ve výroku pod bodem II. prvostupňového rozhodnutí byla žalobci za spáchání uvedeného správního deliktu uložena podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokuta ve výši 30 000 Kč.
2. Správní orgány dospěly k závěru, že žalobce v pozici zadavatele fakticky zmírnil požadavek na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, přičemž toto zmírnění požadavku mohlo rozšířit okruh potenciálních dodavatelů veřejné zakázky, jelikož zadavatel touto změnou snížil minimální úroveň způsobilosti, kterou museli dodavatelé pro účast v zadávacím řízení prokázat a došlo tak k diskriminaci potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, kteří z důvodu požadavku generálního dodavatele svou nabídku nepodali. Zadavatel v posuzované věci stanovil lhůtu pro podání nabídek v délce 26 dnů, přičemž k prodloužení lhůty pro podání nabídek nedošlo. Od oznámení změny zadávacích podmínek zbývalo ze lhůty pro podání nabídek 18 dní. Správní orgány nikterak nerozporovaly, že zadavatel by v posuzované věci mohl stanovit lhůtu pro podání nabídek za využití možnosti § 40 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách v délce 17 dnů, ovšem za předpokladu, že takto zkrácená lhůta by byla souladná s ust. § 39 odst. 1 zákona. Správní orgány dále uvedly, že cena veřejné zakázky činí celkem 17 847 228,41 Kč, přičemž horní hranice možné pokuty činila z této částky jednu desetinu.

II. Obsah žaloby

3. V rámci žalobního návrhu žalobce namítal, že v dané věci okolnosti případu nesvědčí ve vztahu k zadávané veřejné zakázce o tom, že by povaha provedené změny měla vliv na okruh dodavatelů a rozšířila jej. Ve veřejné zakázce bylo podáno celkem 11 nabídek. Správní orgány dostatečně neodůvodnily, jak mohla daná, spíše formální změna ve znění

technické kvalifikace způsobit porušení zákona. Žádný z dodavatelů si na uvedené nestěžoval a zadavatel obdržel dostatečné množství v celkovém počtu 11 nabídek, které podle jeho zkušenosti představují velmi dobré konkurenční prostředí, a nejvhodnější nabídka byla vybrána transparentním způsobem. Nikdo v tomto směru ani nevznesl námitky a návrh k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. V rámci úvah žalovaného vyličených v odůvodnění jeho rozhodnutí nestačí konstatování pouhého nedodržení zákona, ale je nezbytné, aby uvedeným jednáním byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem (viz ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách). Správní orgány neuvedly, jak mohlo porušení zákona mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky v dané věci. Dále žalobce namítal, že v napadených rozhodnutích nebyl dostatečně vyložen pojem generální dodavatel a dodavatel a jejich odlišnosti, neboť tyto polyvalentní pojmy mají v praxi různý význam a ve vztahu k požadovanému referenčnímu plnění žádanému v rámci technické kvalifikace lze uvést, že je možné hovořit o generálním dodavateli celé stavby, generálním dodavateli části plnění, generálním dodavateli elektroizolace apod.; nejde o jednoznačný pojem daný právním řádem.

4. Žalobce dále namítal, že v předmětné věci došlo k porušení zásady předvídatelnosti rozhodnutí vyjádřené v § 2 odst. 4 správního řádu, neboť v žalobcem konkrétně označených věcech docházelo formou dodatečných informací k mnohem větším změnám podmínek zadání ze strany zadavatelů, přičemž žalovaný měl tyto informace (podklady) k dispozici a ani v jednom případě nezahájil z tohoto důvodu správní řízení. Žalobce konkrétně poukazoval na podklady správních rozhodnutí žalovaného a správní spisy samotné, spisovná značka S 402/2013, S 768/2013, S 397/2011 a R 294/2012. V uvedené souvislosti žalobce také odkazoval na ust. § 68 odst. 2 a 3 správního řádu, přičemž tvrdil, že nebyla vypořádána všechna tvrzení žalobce vznesená v rámci správního řízení ve vztahu k výkladu § 40 odst. 3 a § 120 odst. 1. Žalovaný dále porušil ust. § 51 odst. 2 správního řádu, podle něhož platí, že o provádění důkazů mimo ústní jednání musí být účastníci včas vyrozuměni, nehrozí-li nebezpečí z prodlení. O provádění dokazování nebyl žalobce v řízení o rozkladu vyrozuměn, čímž došlo k zásahu do jeho procesních práv. Došlo též k porušení ust. § 6 odst. 1 ve spojení s § 71 odst. 3 správního řádu, podle něhož platí, že orgán vyřizuje věci bez zbytečných průtahů. Nečiní-li správní orgán úkony v zákonem stanovené lhůtě nebo ve lhůtě přiměřené, lze uvedenou skutečnost brát jako okolnost polehčující při uložení výše pokuty a rovněž jako okolnost, která může mít vliv na shledání správního deliktu; v rámci preventivního působení byl žalobce potrestán samotným vedením řízení a v důsledku průtahů v řízení ztratilo uložení deliktu účel. V dané věci nebylo ani jedno z napadených rozhodnutí vydáno v zákonné lhůtě podle správního řádu. Žalobce dále namítal, že rozhodovací praxe správních orgánů musí být předvídatelná a je zakázána libovůle v rozhodování. V případě zadávání veřejných zakázek dochází často k poskytování dodatečných informací a mnohými se méně či více mění zadávací podmínky a nedochází k prodloužení lhůty pro podání nabídek, jak bylo v praxi použito. Např. ve veřejné zakázce s názvem „Výběr provozovatele elektronických tržišť“ č. I.-VIII. byly podstatně měněny podmínky zadání bez vlivu na prodloužení lhůty pro podání nabídek. Uvedené bylo předmětem šetření u žalovaného (např. sp. zn. R 294/12 a S 397/11), přičemž sankční řízení zahájeno nebylo.
5. Žalobce dále namítal, že se žalovaný nezabýval okolnostmi vylučující protiprávnost správního deliktu a okolnostmi majícími vliv na výši pokuty a její výše nebyla dostatečně odůvodněna. Žalobce poukázal na rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 10. 1998,

č. j. 5 A 37/96, z něhož vyplývá, že správní orgán rozhodující o uložení trestu za správní delikt musí zásadně přihlížet k okolnostem, které protiprávnost sankcionovaného jednání vylučují a způsobují, že jednání vykazující znaky správního deliktu není protiprávní, např. ke skutečnostem zakládajícím krajní nouzi. Dále žalobce poukázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, sp. zn. 8 As 17/2007, z něhož vyplývá, že trestnost správních deliktů se řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů; pro trestnost jednání musí být naplněna i materiální stránka deliktu a krajní nouze je stavem vylučujícím protiprávnost jednání naplňujícího formální znaky deliktu. Celková doba mezi tvrzeným deliktním jednáním žalobce a dobou uložení trestu nebyla při výměře sankce zohledněna. Celková délka řízení byla několikanásobně překročena vzhledem k zákonným požadavkům. Žalobce dále namítal, že žalovaný ani neprovedl řádně důkaz výši rozpočtu žalobce na jeho webových stránkách (neoznámil žalobci existenci tohoto důkazu), byť mu tuto povinnost ukládá správní řád.

III. Vyjádření žalovaného

6. V písemném vyjádření k žalobě žalovaný uvedl, že jestliže pojem „generální dodavatel“ byl v rámci stanovených technických kvalifikačních předpokladů před jejich změnou v podobě dodatečné informace pojmem užším než pojem „dodavatel“, který zde figuroval díky dodatečné informaci, musí to v konečném důsledku nepochybně znamenat také rozšíření možného okruhu uchazečů (dodavatelů) způsobilých se podle nově nastavených podmínek účastnit zadávacího řízení na veřejnou zakázku. K pojmu „generální dodavatel“ žalovaný odkázal na bod 38 a 39 odůvodnění prvostupňového správního rozhodnutí a má za to, že se v rámci teorie stavebnictví v oblasti zadávání veřejných zakázek jedná o významově zřejmý a běžně užívaný pojem. Pokud by jej žalobce neznal, upřesnil by jej v zadávací dokumentaci, k čemuž nedošlo. Žalobce znal s jistotou výklad pojmu „generální dodavatel“, neboť jinak by nemohl tvrdit, že vypuštění slova „generální“ bylo pouze změnou pro uvedení předmětné části zadávací dokumentace do souladu se zákonem. Vypuštěním slova „generální“ došlo ke stavu, kdy referenční zakázka byl schopen plnit výrazně širší okruh dodavatelů, než v případě původních. Nic na tom nezmění fakt, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání celkem 11 nabídek. Podstatná pro danou věc je pouze možnost ovlivnění počtu podaných nabídek uchazečů. Postupem žalobce došlo k omezení hospodářské soutěže a následné možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by některá z „nově“ podaných nabídek byla pro zadavatele výhodnější, nežli nabídka skutečně vybraného uchazeče. V důsledku zadavatelova postupu spočívajícího v neprodloužení lhůty bylo některým uchazečům objektivně znemožněno či minimálně ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku. Právě tento důvod považuje žalovaný za stěžejní pro konstatování porušení ust. § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s § 6 odst. 1 tohoto zákona a následného spáchání správního deliktu při naplnění všech znaků jeho skutkové podstaty.
7. Žalovaný nepostupoval v rozporu se zásadou předvídatelnosti rozhodnutí. Všechna žalobcem uváděná správní řízení vedená žalovaným byla zahájena na návrh a týkala se odlišných právních otázek, než v nyní projednávané věci. Jedinou shodou, kterou je možné mezi řízeními nalézt je, že v každém z nich došlo formou dodatečných informací k určitým změnám zadávacích podmínek. Rozdílem však zůstává, že tyto změny nebyly v odkazovaných případech předmětem správního řízení vedeného Úřadem. Co se týká

případu vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S402/2013/VZ a případu pod sp. zn. ÚOHS-S768/2013/VZ, odkázal žalovaný na argumentaci uvedenou v bodě 50 napadeného rozhodnutí a dodal, že Úřad v rámci správního řízení zahájeného na návrh navrhovatele přezkoumával, zda požadavek zadavatele na vystavení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla a za zajištění řádného odstranění vad a jeho předložení spolu s nabídkou uchazeče nachází oporu v § 44 odst. 3 písm. j) zákona o veřejných zakázkách. Je tedy zřejmé, že návrh zadavatel nesměřoval proti skutkově shodné či obdobné problematice, jako v nyní projednávaném případě. Předmětem řízení sp. zn. ÚOHS-S397/2011/VZ a na něj navazujícího pod sp. zn. ÚOHS-R294/2012/VZ bylo posouzení oprávněnosti podaného návrhu ze strany konkrétní osoby v případě postupu zadavatele při vymezení koncesních podmínek a zároveň posouzení, zda rozhodnutí o vyloučení uchazeče z koncesního řízení z důvodu nepřijatelné nabídky ve smyslu ust. § 22 odst. 1 písm. b) zákona o veřejných zakázkách je v souladu se zákonem či nikoliv. Ani v tomto případě se nejedná o skutkově shodné či obdobné případy ve vztahu k nyní projednávané věci. Argument žalobce týkající se nezahájení správního řízení Úřadem z moci úřední v odkazovaných případech nelze považovat za důvodný také proto, že na zahájení řízení z moci úřední není právní nárok a otázka, zda tak Úřad učiní či ne, je čistě v jeho kompetenci. Subjektivní hodnocení žalobce samo o sobě nepřestavuje skutečnost odůvodňující zahájení řízení z moci úřední.

8. K tvrzenému porušení ust. § 51 odst. 2 správního řádu žalovaný odkázal na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012 – 40 a ze dne 29. 5. 2014, č. j. Azs 2/2013 – 26 a ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012 – 40 s tím, že není vadou řízení, pokud účastník není informován o provedení důkazů listinou mimo ústní jednání. S listinnými důkazy založenými ve správním spise se žalobce mohl seznámit prostřednictvím nahlížení do spisu a při seznámení se s podklady pro vydání rozhodnutí. Žalobce v průběhu správního řízení nevznášel žádné námitky proti pravosti a obsahu těchto listin a nečiní tak ani v žalobě.
9. Žalovaný odmítl úvahy žalobce o nepřiměřenosti pokuty s ohledem na délku správního řízení. Řízení před Úřadem se odvíjí zejména od složitosti projednávané věci, procesního chování účastníků a dalších faktorů. I v případě nedodržení lhůty pro vydání rozhodnutí nezakládá tato nečinnost důvody nezákonnosti správního rozhodnutí. Vzhledem k absenci sankce za její překročení se jedná pouze o lhůtu pořádkovou, přičemž zákon s jejím zmeškáním spojuje pouze jediný důsledek a tím je možnost nadřízeného orgánu učinit opatření proti nečinnosti. Žalobce nevyužil možnosti dané mu ust. § 80 správního řádu, ani § 79 zákona č. 150/2002 Sb. soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů. Na straně žalovaného nebyly dány žádné zvláštní okolnosti, které by způsobily, že správní řízení samotné probíhalo nepřiměřeně dlouhou dobu. Žalovaný se při svém rozhodování zcela standardním způsobem vyrovnal s vyhodnocením shromážděných důkazů. Délka správního řízení proto nemůže být v dané věci polehčující okolností.
10. Uložená pokuta svojí výší odpovídá zjištěnému skutkovému stavu, nijak nevybočuje ze současné rozhodovací praxe žalovaného, byla uložena při spodní hranici maximální možné výše stanovené zákonem a její výše byla dostatečným, srozumitelným a přezkoumatelným způsobem odůvodněna v rámci prvostupňového i druhostupňového správního rozhodnutí. Byla posouzena i ekonomická situace žalobce, a to vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž disponuje.

11. Žalovaný z úřední povinnosti zkoumal, zda nenastaly okolnosti vylučující protiprávnost, mezi něž patří i zánik odpovědnosti za správní delikt. Žalovaný si touto problematikou zabýval v prvostupňovém správním rozhodnutí. Okolnosti vylučující protiprávnost v projednávané věci neshledal a žalobce je v žádné fázi správního řízení ani nenamítal.

IV. Replika žalobce

12. Žalobce v rámci repliky ze dne 10. 5. 2016 uvedl, že v dané věci předložilo nabídku 11 uchazečů a všichni prokázali splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů. Podle rozhodovací praxe správních soudů jde o slušnou hospodářskou soutěž (v tomto konkrétním případě dokonce nadprůměrnou) a uvedené podporuje závěr o tom, že kvalifikace byla nastavena řádně, resp. neměla vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Kvalifikací zadavatele se rozumí způsobilost splnění veřejné zakázky dodavatelem. S ohledem na požadavek nediskriminace a rovného přístupu je zadavatel povinen nastavit požadavky na jeho kvalifikaci tak, aby byla přiměřená rozsahem a věcným zaměřením k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel má volné uvážení v nastavení těchto požadavků na kvalifikaci, která na straně jedné musí být přiměřená, na straně druhé taková, aby zajistila kvalitní a bezproblémovou realizaci veřejné zakázky. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 vyplývá, že není možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potenciální uchazeče stejné dopady. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.
13. I případné pochybení žalobce nemělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky, což je nezbytným předpokladem pro naplnění správního deliktu. Žalobce v uvedené souvislosti odkázal na rozsudek ze dne 2. 6. 2014 ve věci sp. zn. 30 Af 55/2012 a sp. zn. 62 Af 9/2015 – 79 (pozn. soudu: bez toho, aniž by bylo uvedeno, o rozsudek jakého soudu se jedná). Pro dovození spáchání správního deliktu nestačí samotné nedodržení postupu podle zákona o veřejných zakázkách, ale je nezbytné, aby nastal též předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem. Neobstojí závěr žalovaného, že pojem generální dodavatel je zažitým pojmem, neboť zákonem není definovaný a de facto znamená, že generální dodavatel odpovídá plně za dílo požadované v rámci významných zakázek. Požadavek na žalovaného, aby svůj záměr ohledně splnění druhého ze tří znaků správního deliktu opřel o dostatečný skutkový podklad, není překvapivým ani nepřiměřeným též proto, že v některých jiných případech dovození správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tak žalovaný bez problémů činí. Krajský soud v Brně takový postup žalovaného aproboval např. v rozsudku ze dne 9. 10. 2014 ve věci sp. zn. 62 Af 75/2013, Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 3. 9. 2015 ve věci sp. zn. 3 As 212/2014. Z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 9/2015 vyplývá, že nestačí prokázat samotné porušení zákona v zadávacím řízení, ale i druhý ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tj. alespoň způsobilost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky porušením § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona. Již z tohoto důvodu napadené rozhodnutí v otázce viny nemůže obstát. Tímto znakem správního deliktu se napadené rozhodnutí žalovaného ani nezabývalo. Z pohledu rozhodovací praxe i toho, že bylo podáno 11 nabídek, lze dovodit,

že vytýkaná kvalifikace neměla žádný dopad na výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel nebyl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Pokud jde o upřesnění, které žalobce učinil zrušením pojmu „generální“, pak šlo jen o upřesnění jeho chápání pojmu dodavatel, což lze dovodit z dodatečných informací. V praxi prakticky všechny referenční zakázky jsou od generálního dodavatele, neboť v opačném případě by byl popřen smysl prokazování této části technické kvalifikace. Žalobce dále reagoval na vyjádření žalovaného spočívající v tvrzení, že na zahájení řízení z vlastního podnětu není právní nárok, a to tak, že tímto výkladem se žalovaný přiklání k názoru absolutního správního uvážení, které vyvolává úvahy o zákonnosti pohnutek Úřadu, jež k takovému rozhodnutí vedly. Žalobce odmítl i ostatní námitky žalovaného uvedené ve vyjádření k žalobě.

V. Dosavadní procesní vývoj věci

14. Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 22. 11. 2017, č. j. 30 Af 91/2015 – 62 zrušil žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a věc vrátil žalovanému zpět k dalšímu řízení. Dospěl přitom k závěru, že úvaha správních orgánů ve smyslu naplnění podmínky možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky podstatným způsobem je nedostatečná. Krajský soud v Brně měl rovněž za nedostatečnou argumentaci obsaženou v žalobou napadeném rozhodnutí předsedy žalovaného na námitku žalobce týkající se porušení principu právní jistoty, neboť tato argumentace neodpovídala na vznesené námitky žalobce. Krajský soud dále přisvědčil žalobci, že správní orgány neprovedly řádně důkaz, z něhož měla plynout výše rozpočtu žalobce.
15. Ke kasační stížnosti žalovaného zrušil Nejvyšší správní soud citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně, a to rozsudkem ze dne 12. 4. 2018, č. j. 6 As 413/2017 – 39 a věc vrátil Krajskému soudu v Brně k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud se neztotožnil se závěry o nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí v rozsahu, jak je dovodil krajský soud. Právními názory uvedenými v rozsudku Nejvyššího správního soudu je krajský soud v dalším řízení plně vázán a tyto jsou zohledněny v rámci nového posouzení věci a v podstatné míře vyličený níže.

VI. Další procesní podání účastníků řízení

16. V doplňujícím procesním podání ze dne 21. 5. 2018 žalobce zopakoval některé důvody uvedené v žalobě a zdůraznil, že žalovaný měl povinnost konkretizovat dopad jednání žalobce na výběr nejvhodnější nabídky, včetně konkretizace okruhu dodavatelů, kteří mohli být poškozeni. Tvrzení o možnosti podání potencionálně výhodnější nabídky je příliš obecné a nezakládá materiální stránku přestupku podle nové právní úpravy přestupkového práva. Vzhledem ke skutečnosti, že při správním trestání se použije pro trestaného výhodnější právní úprava, žádal žalobce, aby k uvedené změně bylo přihlédnuto. V dané věci nebyla naplněna materiální stránka vytýkaného přestupku, přičemž ta by měla být zkoumána podle dosavadní judikatury. Žalobce dále namítal nedostatečnost odůvodnění výše uložené pokuty. Pro žalobce není významná ani tak výše pokuty, jako sankce za porušení rozpočtové kázně.

VII. Posouzení věci krajským soudem

17. Žaloba byla podána včas [§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“)], osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.) a jedná se o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.). Vzhledem k tomu, že se žalovaný ve stanovené lhůtě nevyjádřil, že s takovým projednáním věci nesouhlasí, a žalobce výslovně s takovým projednáním souhlasil, rozhodl soud v souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. o věci samé bez jednání.
18. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti a v souladu se závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu vyjádřeném ve shora citovaném jeho rozsudku. Dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.
19. Podstatou projednávané věci bylo posouzení postupu žalovaného, resp. správního orgánu prvního stupně, jenž uložil žalobci pokutu za spáchání správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jež spočívá v tom, že zadavatel „*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*“. Zmíněné nedodržení zákonem stanoveného postupu mělo spočívat ve skutečnosti, že žalobce v pozici veřejného zadavatele provedl úpravy zadávacích podmínek formou vypuštění pojmu „generální dodavatel“ a jeho nahrazení pojmem „dodavatel“ změnil původní požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změn zadávacích podmínek činila celou původní délku lhůty pro podání nabídky (postup rozporný s ust. § 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách, podle něhož platí, že v případě takové změny zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek).
20. Skutečnost, že žalobce v pozici veřejného zadavatele učinil uvedenou změnu formou dodatečné informace č. 1 ze dne 15. 5. 2013, není mezi účastníky řízení sporná a vyplývá z obsahu správního spisu. Z obsahu správního spisu rovněž vyplývají další mezi účastníky řízení nesporné skutečnosti, a sice že původní lhůta pro podání nabídek činila 26 dnů, lhůta pro podání nabídek od vydání dodatečné informace č. 1 činila 18 dnů, nabídku předložilo 11 uchazečů, kteří prokázali splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů, žalobce uzavřel na tuto veřejnou zakázku dne 1. 7. 2013 smlouvu o dílo se společností STRABAG, a.s. Cena veřejné zakázky činila celkem 17 847 228,41 Kč včetně DPH. Žalobce mohl v posuzovaném případě stanovit lhůtu pro podání nabídek za využití možnosti stanovené v § 40 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách v délce 17 dnů, k čemuž žalovaný v rámci odůvodnění prvostupňového správního rozhodnutí uvedl podmínku, že by tomu tak bylo za situace, pokud by takto zkrácená lhůta pro podání nabídek byla souladná s ust. § 39 odst. 1 zákona, tedy přiměřená ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Že k této podmínce zkrácení lhůty nebyl žalobce oprávněn, dovozoval žalovaný ze skutečnosti, že žalobce byl vázán ust. § 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ve smyslu povinnosti zadavatele stanovit tuto lhůtu přiměřenou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a s poukazem, že původní lhůta byla zadavatelem stanovena v délce 26 dnů.

21. Žalobce nepopírá, že by v postavení dodavatele přistoupil ke změně – úpravě zadávacích podmínek, ovšem namítal, že provedená změna nebyla takové povahy, která by mohla mít vliv na okruh dodavatelů ve smyslu, že by tento okruh rozšířila. Poukazoval přitom na formální charakter této změny, kdy původně použitý nevhodný termín „generální dodavatel“, který nemá oporu v zákoně o veřejných zakázkách, pro soulad s tímto zákonem nahradil pojmem „dodavatel“.
22. Jak již bylo shora konstatováno, správní orgány viní žalovaného ze skutečnosti, že se v případě předmětné změny zadávacích podmínek jednalo o takovou změnu, která byla způsobilá rozšířit okruh možných dodavatelů, a proto byl žalobce povinen ve smyslu ust. § 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty (v této věci 26 dnů). Spor mezi účastníky řízení je tedy veden v rovině posouzení, zda šlo o úpravu zadávacích podmínek, která byla způsobilá rozšířit okruh možných dodavatelů (stanovisko žalovaného) či nikoliv (stanovisko žalobce) a zda tedy žalobce byl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek na původní délku. Dále jde o otázku, zda došlo k naplnění podmínek ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, který stanoví, že zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadávání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
23. Žalobce je toho názoru, že tím, že provedl formální úpravu zadávacích podmínek bez prodloužení lhůty ve smyslu ust. § 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách, neovlivnil a ani nemohl ovlivnit podstatným způsobem výběr nejvhodnější nabídky; správní orgány pak zaujaly názor, že změnou zadávacích podmínek ve smyslu ust. § 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách bez prodloužení lhůty způsobem tam stanoveným došlo ke stavu, který ovlivnil, resp. mohl ovlivnit, podstatným způsobem výběr nejvhodnější nabídky. Podle názoru soudu změnou technického a kvalifikačního předpokladu nahrazením podmínky pro povinnosti doložit minimálně tři referenční stavby typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na kterých se uchazeči podíleli jako generální dodavatelé v letech 2008 – 2012 na podmínku shodnou až na pozici určenou jako podílení se na stavebách jako dodavatelé (nikoliv jako generální dodavatelé), nelze vyloučit, že by mohlo dojít k rozšíření okruhu možných dodavatelů. Původně zvolený termín „generální dodavatel“ implikuje jiné postavení, než obecné označení „dodavatel“ a směřuje do pozice užšího okruhu dodavatelů, a to sice jako takových, jenž jsou ve smluvním vztahu s investorem a kteří vedle vlastních dodávek zajišťují také subdodávky nižších dodavatelů a koordinují výstavbu všech dodavatelských subjektů. V praxi dodavatel v této pozici (generální dodavatel, vyšší dodavatel, hlavní dodavatel, prime dodavatel) také obvykle odpovídá za činnost dodavatelů nižších. Nelze proto vyloučit, že zmiňovanou úpravou zadávacích podmínek mohlo dojít k určitému rozšíření okruhu možných dodavatelů.
24. Ze znění ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Samotné nedodržení postupu podle zákona tedy nestačí, ale je nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to *podstatným způsobem*. V této části krajský soud konstatuje, že svým rozsudkem ze dne 22. 11. 2017, č. j. 30 Af 91/2015 – 62, přisvědčil

námitce žalobce týkající se nedostatečného odůvodnění, jak mohlo předmětné jednání žalobce ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem, a proto žalobou napadené rozhodnutí žalovaného zrušil. Žalovaný podal proti posledně uvedenému rozsudku kasační stížnost, které Nejvyšší správní soud vyhověl a zrušil citovaný rozsudek krajského soudu svým rozsudkem ze dne 12. 4. 2018, č. j. 6As 413/2017 – 39. V odůvodnění Nejvyšší správní soud uvedl mj. následující: „Na úvod Nejvyšší správní soud připomíná, že problematiku změny zadávacích podmínek veřejné zakázky po jejím zpřístupnění veřejnosti řešil již v době, kdy ještě nebyla zákonem výslovně upravena. Stalo se tak v rozsudku ze dne 12. května 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 - 131, který se týkal pokuty za změnu zadávací dokumentace spočívající v upřesnění provozní hmotnosti a nejvyšší povolené hmotnosti nákladu u poptávaného nákladního kontejneru v průběhu zadávacího řízení. Již zde Nejvyšší správní soud judikatorně vytyčil základní podmínky pro přípustnost takového postupu založené na podrobné analýze judikatury Soudního dvora EU: „Má-li zadavatel dostát zásadě nediskriminace účastníků, je povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit řízení nové, nebo oznámit změnu zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé, tedy oznámit změnu zadávací dokumentace (tedy celé veřejné zakázky) stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt. ... Porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči. K porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení může dojít tehdy, pokud by v zadavatelově postupu byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným nebo nepřehledným, případně jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ V konkrétním posuzovaném případě Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že „neprodloužením lhůty pro podání nabídky žalobce ... de facto znemožnil uchazečům o veřejnou zakázku se reálně ucházet, čímž se dopustil netransparentnosti v zadávacím řízení.“ Nutno dodat, že v situaci nedostatku výslovné právní úpravy by podle tehdejšího náhledu Nejvyššího správního soudu bylo bývalo postačovalo, kdyby zadavatel prodloužil lhůtu takovým způsobem, aby po změně nebyla kratší než zákonem stanovená lhůta minimální.

25. Nejvyšší správní soud souhlasí se stěžovatelem v tom směru, že pro posouzení nyní projednávané věci mohou být relevantní závěry jím citovaných rozhodnutí zdejšího soudu, byť žádné z nich se skutkově netýkalo přímo změny zadávacích podmínek veřejné zakázky. Všechny se však zabývaly výkladem skutkové podstaty obsažené v § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, konkrétně tou její částí, jež požaduje, aby pachatel deliktu „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“.
26. Rozsudek ze dne 25. července 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28 se týkal neuvedení způsobu hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud se zde vyjadřoval mimo jiné k námitce, že tím nedošlo k ovlivnění výběru nejlepší nabídky. Upozornil zde poprvé, že „ze zákonného znění ... expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.“ V daném případě nicméně podle něj žalovaný tuto otázku zkoumal dostatečně, neboť „na demonstrativním výpočtu hodnocení nabídek za použití různých vzorců dovodil, že v posuzovaném případě mohlo neuvedením způsobu hodnocení nabídek v zadávací

dokumentaci dojít k tomu, že se do řízení přihlásil nižší počet dodavatelů, nebo že nemusel být vybrán ten dodavatel, se kterým byla uzavřena smlouva.“

27. *Obdobně je tomu s rozsudkem ze dne 17. září 2015, č. j. 7 As 211/2015 - 31, kde se věcně jednalo o rozdělení předmětu zakázky tak, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod zákonem stanovené finanční limity. Izde se Nejvyšší správní soud potýkal s otázkou podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, přičemž neuznal obranu stěžovatelky, že zúžení okruhu dodavatelů bylo vyloučeno tím, že všechny veřejné zakázky zveřejnila na své úřední desce způsobem umožňujícím dálkový přístup. Postačila k tomu prostá úvaha krajského soudu, že „lze předpokládat, že úřední desku stěžovatelky sleduje mnohem užší okruh zájemců než Informační systém o veřejných zakázkách,“ byť k podpoře této úvahy poukázal Nejvyšší správní soud rovněž na fakt, že „v daném konkrétním případě byly mezi uchazeči o veřejnou zakázku převážně společnosti sídlící v Moravskoslezském kraji.“*
28. *V rozsudku ze dne 28. června 2016, č. j. 4 As 61/2016 - 34 se Nejvyšší správní soud na půdorysu případu, v němž zadavatel veřejné zakázky zkrátil období, za které mohou dodavatelé prokázat splnění technických předpokladů z 5 let na 3 roky, podrobně zabýval povahou předmětného deliktu, přičemž dospěl k závěru, že může jít i o delikt ohrožovací. V takovém případě pak nelze po Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen ÚOHS) požadovat, aby zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného zadávacího řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce porušil zákon o veřejných zakázkách. „Takové dokazování by ... bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“ Nad rámec nutného odůvodnění zde nicméně Nejvyšší správní soud poukázal na to, že jeden z uchazečů o veřejnou zakázku nesplňoval nezákonně stanovené kritérium a byl vyřazen (byť ze spisu nebylo zřejmé, zda se tak stalo právě z tohoto důvodu).*
29. *Konečně v rozsudku ze dne 18. srpna 2016, č. j. 9 As 63/2016 - 43 se jednalo o to, že zadavatel nevymezil v zadávací dokumentaci dostatečně určitě předmět veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud zde zopakoval svou předchozí úvahu, že ÚOHS není u ohrožovací formy předmětného správního deliktu povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Doplnil k tomu, že „postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku.“ Takovouto srozumitelnou a logickou úvahu Nejvyšší správní soud v daném případě nalezl, neboť ÚOHS ve svém rozhodnutí dovodil, že „zkresleně konkretizovaný (resp. nevymezený) předmět veřejné zakázky (pouze prostřednictvím vzorového koše) mohl způsobit, že poptávané plnění přestalo být pro potenciální dodavatele zajímavé, a proto nepodali v zadávacím řízení nabídku,“ přičemž „pokud by zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky (tedy všechny později poptávané položky), mohl obdržet nabídky od více a jiných dodavatelů, kteří obchodují s poptávaným sortimentem.“*
30. *Nahlédneme-li nyní optikou citované judikatury na odůvodnění napadených správních rozhodnutí (která z tohoto pohledu tvoří jeden celek), nelze je hodnotit než jako přezkoumatelná. Stěžovatel předně v bodech 38 a 40 rozkladového rozhodnutí navázal na odůvodnění rozhodnutí o pokutě a poukázal na to, že existuje skupina potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, kteří se podle původních (nezákonných) požadavků obsažených v zadání nemohli o veřejnou zakázku ucházet, neboť na referenčních stavbách působili pouze*

jako subdodavatelé, nikoliv jako dodavatelé generální. V bodě 43 poukázal na tu část rozhodnutí o pokutě, v níž ÚOHS rozbořem provedené změny zadávacích podmínek dovedl, že došlo ke zmírnění požadavků na uchazeče o veřejnou zakázku (oproti generálnímu dodavateli nyní postačilo být jakýmkoliv dodavatelem na referenčních stavbách, přičemž význam těchto pojmů ÚOHS v rozhodnutí analyzoval). Tím došlo i k rozšíření okruhu možných uchazečů, kteří původně formulovaný požadavek nesplňovali a nabídky tak nepodali (s tím ostatně souhlasil i krajský soud). Ti však již nedostali stejný čas pro přípravu svých nabídek, resp. pro to, aby se o možnosti účastnit se veřejné zakázky dozvěděli, čímž došlo k jejich diskriminaci (body 37 - 43 rozhodnutí o pokutě). Na námitku žalobce, že lhůta poskytnutá těmto hypotetickým zájemcům byla stále delší než minimální zákonná lhůta pro podání nabídek, ÚOHS podrobně reagoval v bodě 46 rozhodnutí o pokutě (rozkladové rozhodnutí se touto námitkou nezabývá, neboť v rozkladu obsažena není). Konečně v bodech 42 a 43 rozkladového rozhodnutí stěžovatel vysvětluje, proč je podle něj irelevantní námitka žalobce, že obdržel dostatečné množství nabídek, což svědčí o zachování solidního soutěžního prostředí. Tím totiž není vyloučeno, že žalobce mohl obdržet i jiné nabídky, přičemž některá z nich mohla být vhodnější než nabídka vybraná.

31. Nejvyšší správní soud nyní nehodnotí přesvědčivost a logiku výše nastíněných úvah. Shledává pouze, že ke všem podstatným právním otázkám a námitkám žalobce se stěžovatel dostatečně podrobně a srozumitelně ve svých rozhodnutích vyjádřil, takže je nelze hodnotit jako nepřezkoumatelná, resp. nedostatečně odůvodněná. Je zřejmé, že podle stěžovatele již samotný fakt, že v důsledku porušení zákona byli hypoteticky z účasti v zadávacím řízení vyloučeni někteří zájemci (jejichž možnou existenci stěžovatel v rozhodnutí dovedl), zakládá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Zda tato úvaha obстоjí, je již otázkou pro Krajský soud v Brně.“
32. Krajský soud dále připomíná znění ust. § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, které stanovuje, že provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. **V případě takové změny zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek.**
33. Optikou citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2018, č. j. 6 As 413/2017 – 39, zdejší soud dospěl k závěru o dostatečném a přezkoumatelném odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí (viz odst. 16 odůvodnění rozsudku Nejvyššího správního soudu). S ohledem na Nejvyšším správním soudem citovanou judikaturu (viz odst. 24. – 29. odůvodnění tohoto rozsudku) taktéž k závěru, že v daném případě stačila žalovaným dovozená potencialita ohrožení výběru nejvhodnější nabídky. Je možno konstatovat, že žalovaný nemusel nutně zjišťovat, zda v dané době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného zadávacího řízení nemohl či nestihl zúčastnit s ohledem na neprodloužení původně stanovené lhůty. Lze tedy shrnout, že postačovala reálná existence takového dodavatele, jak dovedl žalovaný. Jestliže žalobce původně požadoval doložit nejméně 3 referenční stavby typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na které se zájemce podílel jako generální dodavatel v letech 2008 – 2012, aby následně změnil podmínku doložit totéž již jen v pozici dodavatele, zjevně tím rozšířil okruh potencionálních uchazečů. Bez bližší specifikace, kterou žalobce neprovedl, pak bylo nutno dospět k závěru, že v rámci

pozměněné podmínky bylo možno splnit danou podmínku i z pozice subdodavatele. K tomu soud odkazuje na argumentaci soudu na str. 8 a 9 jeho předchozího rozsudku ze dne 22. 11. 2017, č. j. 30 Af 91/2015 – 62. Zde soud dovodil, že změnou technického a kvalifikačního předpokladu nahrazením podmínky pro povinnost doložit minimálně tři referenční stavby typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na kterých se uchazeči podíleli jako generální dodavatelé v letech 2008 – 2012 na podmínku shodnou až na pozici určenou jako podílení se na stavbách jako dodavatelé (nikoliv jako generální dodavatelé), nelze vyloučit, že by mohlo dojít k rozšíření okruhu možných dodavatelů, neboť původně zvolený termín „generální dodavatel“ implikuje jiné postavení, než obecné označení „dodavatel“ a směřuje do pozice užšího okruhu dodavatelů, a to sice takových, jenž jsou ve smluvním vztahu s investorem a kteří vedle vlastních dodávek zajišťují také subdodávky nižších dodavatelů a koordinují výstavbu všech dodavatelských subjektů. V praxi dodavatel v této pozici (generální dodavatel, vyšší dodavatel, hlavní dodavatel, prime dodavatel) také obvykle odpovídá za činnost dodavatelů nižších. Nelze proto vyloučit, že zmiňovanou úpravou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných dodavatelů. V dané úvaze krajský soud dává za pravdu správním orgánům, které se v bodech 35. – 47. prvostupňového a v bodech 38. – 43. žalobou napadeného rozhodnutí touto problematikou zabývaly. Předmětná změna kvalifikačních kritérií byla způsobila rozšířit okruh potenciálních dodavatelů, přičemž za nastíněné situace měla být taktéž prodloužena lhůta na původní délku ve smyslu § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný nebyl povinen prokazovat existenci konkrétního postupem žalovaného zkráceného (potenciálního) dodavatele.

34. Jak vyplývá ze shora citované judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28 a ze dne 18. 8. 2016, č. j. 9 As 63/2016 – 43), ke spáchání předmětného deliktu dojde i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dále také platí, že postačí, aby žalovaný v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku. Takováto úvaha je vylíčena ve shora uvedených částech žalobou napadených rozhodnutí. Z ní jednoznačně plyne, že žalobce mohl, pokud by postupoval zákonem určeným způsobem, obdržet nabídky od více dodavatelů.
35. Je zcela zřejmé, že dikce § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách ukládá veřejným zadavatelům povinnost prodloužit lhůtu tak, aby činila celou původní lhůtu (nikoliv pouze zákonnou délku). Pokud tedy veřejný zadavatel (zde žalobce) stanovil lhůtu delší, než mu předepisuje zákon, byl povinen v případě změny zadávacích podmínek způsobit rozšířit okruh potenciálních dodavatelů prodloužit dotčenou lhůtu tak, aby po prodloužení činila opět alespoň celou původní délku lhůty, tj. opět 26 dnů. Jelikož k prodloužení lhůty nedošlo (v době změny kvalifikačních kritérií zbývalo 18 dnů z původních 26, tedy pouze cca 2/3 lhůty původní), dopustil se žalobce porušení zákona o veřejných zakázkách. S ohledem na možnost vyloučení některých uchazečů tak byla, v souladu s výše uvedeným, naplněna skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Lze tedy učinit dílčí závěr, že žalovaný postupoval správně, shledal-li žalobce vinného ze spáchání správního deliktu dle posledně uvedeného ustanovení.

36. Další žalobní bod spočíval v tvrzení o porušení legitimního očekávání žalobce (viz odst. 4. odůvodnění tohoto rozsudku). V této rovině krajský soud opět poukazuje na závazný právní názor uvedený v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2018, č. j. 6 As 413/2017 – 39. Legitimní očekávání zakládá nejen správní rozhodování, ale též ustálená správní praxe. Může jej založit dokonce i jiná forma jednání správního orgánu, která v adresátech veřejné správy vyvolá očekávání, že jednají v souladu s právem, a že jejich jednání bude poskytnuta právní ochrana, např. stanovisko obsahující určitý právní názor (srov. k tomu rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. března 2018, č. j. 4 As 257/2017 – 82). V judikatuře Soudního dvora EU se hovoří o tom, že předpokladem práva dovolávat se legitimního očekávání je poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu, která mohou vzbudit legitimní očekávání u toho, komu jsou určena, a dále skutečnost, že tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy (rozsudek Soudního dvora ze dne 25. 3. 2010, *Sviluppo Italia Basilicata* proti Komisi, C-414/08, Sb. rozh., s. I-2559, body 102 a 107).
37. Z dosavadní judikatury nicméně nelze dovozovat, že by legitimní očekávání vyvěralo z pouhého „mlčení“ veřejné správy, resp. z její nečinnosti v oblasti postihování deliktního jednání. Správní orgán tím, že určité jednání ponechává bez postihu, byť je k jeho sankcionování vybaven potřebnými pravomocemi, takové jednání bez dalšího neaprobujeme jako správné a souladné se zákonem. Je totiž na úvaze žalovaného, zda zahájí správní řízení z moci úřední či nikoli. Tato úvaha vždy nutně odráží jak aktuální stav poznání skutkového stavu plynoucího z podkladu, jenž je žalovanému v tu chvíli k dispozici (nemusí jít přitom o podklad kompletní do všech podrobností), tak reálné možnosti žalovaného příslušný počet řízení kapacitně zvládat; to se může odrážet jak v prioritizaci zájmu žalovaného ve vztahu k charakteru a významu možných zadavatelských pochybení, tak v možné potřebě určitý segment zadavatelské činnosti sledovat kontinuálně a teprve po zralé úvaze zasahovat; bezvadnost zadavatelských praktik v reálném zadavatelském prostředí se nemusí vždy jevit průzračně a ne zahájení řízení z moci úřední nemusí nutně znamenat neexistenci jakýchkoli pochyb žalovaného ohledně souladu postupu zadavatele se zákonem o veřejných zakázkách. Skutečnost, že žalovaný k některým podnětům v minulosti – byť by to bylo za srovnatelného skutkového stavu ohledně zadávacích podmínek – ne zahájil správní řízení z moci úřední, sama o sobě nemohla založit legitimní očekávání v tom směru, že nikdy v budoucnu žalovaný správní řízení pro podezření z porušení zákona o veřejných zakázkách z moci úřední ne zahájí, ani v tom směru, že případné porušení zákona o veřejných zakázkách (ať už v řízení z moci úřední nebo v řízení návrhovém) nebude dovozeno (viz také odst. [18] – [19] rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2018, č. j. 6 As 413/2017 – 39).
38. Z tohoto pohledu shledává krajský soud, v souladu s Nejvyšším správním soudem, zcela dostačujícím vysvětlení žalovaného obsažené v bodech 49 - 52 žalobou napadeného rozhodnutí, kde žalovaný uvádí, že ve dvou žalobcem odkazovaných řízeních došlo k prodloužení lhůty pro podávání nabídek, ve dvou pak sice nikoliv, nicméně jednalo se o řízení zahajovaná na základě podnětu a řešily se v nich zcela odlišné právní otázky. Žalobce přitom netvrdil, že by se mu osobně dostalo konkrétního ujištění ze strany stěžovatele o správnosti jeho postupu (jak požaduje judikatura soudního dvora EU), ani že by v některém z případů, na něž žalobce poukazoval, vydal stěžovatel na základě podnětu stanovisko nebo podobnou písemnost, v níž by vyjevil svůj právní názor na otázku souladu postupu použitého žalobcem se zákonem o veřejných zakázkách. Ani v tomto bodě tak nelze rozhodnutí žalovaného označit za nepřezkoumatelné, neboť závěry žalobce

ohledně legitimnosti jeho očekávání jsou v něm srozumitelným způsobem objasněny. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 11. 2013, č. j. 7 Afs 59/2013 - 35 svědčí o tom, že přinejmenším v jednom případě stěžovatel k postihu obdobného deliktu přikročil (viz také odst. [20] rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2018, č. j. 6 As 413/2017 - 39). Žalobní námitku týkající se namítaného nedostatečného odůvodnění rozhodnutí či porušení zásady legitimního očekávání proto krajský soud shledal jako nedůvodnou.

39. Žalobce dále namítal procesní vadu spočívající v překročení zákonné lhůty pro vydání rozhodnutí o uložení pokuty, resp. chtěl, aby byla hodnocena dlouhá prodleva mezi spácháním vytýkaného správního deliktu a rozhodnutí o něm. Je patrné, že lhůta pro vydání rozhodnutí podle § 71 odst. 3 správního řádu byla překročena, a tedy v tom je třeba dát žalobci zapravdu. Lhůta 30 až 60 dnů pro vydání rozhodnutí ve věci je obecně lhůtou pořádkovou, jejíž nedodržení nevyvolává ve vztahu k rozhodnutí vydanému ve správním řízení jakékoli přímé negativní následky (např. v podobě nezákonnosti rozhodnutí).
40. Namítá-li žalobce, že mezi spácháním deliktu a jeho potrestáním uplynula doba, jejíž délka by měla být brána jako okolnost mající vliv na uložení sankce, pak z takto obecně konstruované námitky zdejšímu soudu není patrné, proč má žalobce za to, že se doba od spáchání do potrestání stala natolik vážným excesem, který by měl být zhojen snížením sankce. Zdejší soud nezpochybňuje postulát, podle něhož nepřiměřená délka řízení se odráží v důvěře ve stát, v jeho instituce a v právo. Odhlédnuto od skutečnosti, že délka řízení překročila 60 dní, podstatným je pro zdejší soud fakt, že celková doba řízení před žalovaným v obou stupních správního řízení dosáhla délky cca 14 měsíců (řízení zahájeno oznámením ze dne 30. 7. 2014) a celková doba od spáchání správního deliktu (ke změně technických požadavků došlo dne 15. 5. 2013) nepřekročila délku 29 měsíců (což s ohledem na prodlevu mezi předmětným deliktním jednáním a zahájením řízení neshledává zdejší soud jako natolik excesivní, aby tato skutečnost dosahovala intenzity schopné narušit zákonnost rozhodnutí, případně, že by měla být zohledněna při ukládání sankce). Jestliže maximální částka pokuty mohla činit až 1 784 722,80 Kč, pak soud neshledává, že by se délka řízení měla na uložené pokutě projevit ve formě nižší částky, než v jaké byla pokuta uložena (30 000 Kč).
41. Žalobce dále namítal, že správní orgán neprovedl řádně důkaz, z něhož měla vyplynout výše rozpočtu žalobce, neoznámil žalobci existenci tohoto důkazu, byť mu tuto povinnost ukládá správní řád. K této námitce uvádí soud následující. Z bodu č. 61 odůvodnění prvostupňového správního rozhodnutí vyplývá, že žalovaný měl přihlédnout i k ekonomické situaci zadavatele při úvaze o výměře uložené sankce, a to „na základě rozpočtu zadavatele na rok 2014, uvedeného na jeho internetových stránkách (www.sumperk.cz)...“, z čehož správní orgán dovodil, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. Z napadených rozhodnutí správních orgánů není zřejmé, jaká byla výše jimi zjištěných finančních prostředků, kterou žalobce v rámci svého rozpočtu disponuje. Uvedená vada však nedosahuje takové intenzity, aby mohla způsobit nezákonnost napadených rozhodnutí žalovaného. Žalobce, ač je mu zcela jistě znám z jeho činnosti žalovaným hodnocený rozpočet za rok 2014, v žalobě namítal pouhé řádné neprovedení tohoto důkazu, bez dalších souvislostí. Krajský soud ani v předchozím

rozsudku neoznačil tuto vadu jako (samostatně) způsobitou ovlivnit zákonnost napadených rozhodnutí.

42. Námitka napadající nedostatečné odůvodnění závěru žalovaného týkající se výše pokuty také není důvodná. Je pravdou, že Ústavní soud zapovídá odnětí majetku v důsledku pokuty, které „majetkové vztahy dotčeného subjektu zásadně mění, tj. tak, že mění jeho celkovou majetkovou pozici ‚zmařením‘ samé podstaty majetku.“ U pokuty ve výši 30 000 Kč však nelze vůbec uvažovat, že by mohla u města hospodařícího s celkovými příjmy v řádech stovek milionů Kč za rok, způsobit Ústavním soudem popisované účinky (k tomu srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. června 2017, č. j. 1 As 135/2017 – 34). Jakékoliv podrobnější úvahy o vymezení kritérií ukládání pokut veřejným institucím jsou proto v tomto konkrétním případě zbytečné, byly by v této věci pouhým akademickým pojednáním bez vlivu na výsledek věci. V projednávaném případě totiž výše pokuty u žalobce hospodařícího s mnoha řádech vyššími prostředky likvidační být nemohla. Žalobce žádné konkrétní úvahy o tvrzené významnosti zásahu rozhodnutí (vč. případné sankce za porušení rozpočtové kázně) soudu nepředložil. Výše uložené pokuty byla odůvodněna v rámci prvostupňového správního rozhodnutí dostatečně podrobně v odstavcích 56 až 63 a dále byla hodnocena i v rámci rozhodnutí předsedy žalovaného, a to v odst. 53. Vůči těmto závěrům nad rámec shora uvedeného žalobce nic konkrétního nenamítal.
43. Žalobce dále uplatnil námitku, že se správní orgán rozhodující o uložení trestu za správní delikt nezabýval okolnostmi majícími vliv na výši pokuty, přičemž úvahy správního orgánu v tomto směru nebyly dostatečně odůvodněné. Žalobce přitom poukazoval na rozsudky Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 10. 1998, sp. zn. 5 A 37/96 a Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, sp. zn. 8 As 17/2007 a citoval z nich závěry, že správní orgán, pokud rozhoduje o uložení trestu za správní delikt, musí zásadně přihlížet k okolnostem, které protiprávnost sankcionovaného jednání vylučují a způsobují, že jednání vykazující znaky správního deliktu není protiprávní, např. ke skutečnostem zakládajícím krajní nouzi; trestnost správního deliktu se řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů; pro trestnost jednání musí být naplněna i materiální stránka deliktu a krajní nouze je stavem vylučujícím protiprávnost u jednání naplňujícího formální znaky deliktu. Na tuto námitku již soud reagoval v části odůvodnění, kde se zabýval dostatečností argumentace správních orgánů k naplnění požadavku potenciality ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky podstatným způsobem.
44. Žalobce dále namítal, že se správní orgány nevypořádaly s okolnostmi vylučující protiprávnost, např. se skutečnostmi zakládajícími krajní nouzi. Žalobce netvrdí žádnou žalovaným nehodnocenou konkrétní skutečnost, která by byla sto jakýmkoliv způsobem ovlivnit protiprávnost jednání. Bylo tedy na žalobci, aby, pokud si byl vědom jakýchkoliv významných okolností, tyto konkrétně tvrdil (a následně prokázal), aby bylo možné tyto posoudit. Ze samotného správního spisu totiž nelze jakékoliv skutečnosti tohoto charakteru vyvozovat, stejně tak správní orgány tudíž neměly důvod takovou skutečnost hodnotit a explicitně vyhodnotit ve prospěch žalobce.
45. Žalobce konečně v doplňujícím podání ze dne 21. 5. 2018 požadoval zohlednit v mezidobí od vydání napadených rozhodnutí nově účinnou právní úpravu přestupkového práva, a to v souvislosti s žalobcem tvrzenou absencí materiální stránky deliktu/přestupku. K této námitce soud uvádí, že dospěl k závěru o naplnění materiální stránky řešeného deliktu, neboť žalobci za vinu kladeným skutkem mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější

nabídky, přičemž již pouhá existence této potenciality je společensky škodlivá. V souvislosti s žalobcem poukazovanou novou úpravou přestupkového práva bylo v ust. § 270 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“) stanoveno formou vyvratitelné právní domněnky, že čin, který vykazuje znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý. Žalobci se nepodařilo prokázat (viz shora uvedené úvahy soudu), že by konkrétně společenská škodlivost daného jednání nedosahovala ani minimální hranice typové škodlivosti.

46. Soud ani nedospěl k závěru, že by zákon o zadávání veřejných zakázek mohl být právní úpravou pro žalobce příznivější. K tomuto závěru dospěl soud porovnáním původní právní úpravy stanovené zákonem o veřejných zakázkách (viz § 6, § 39 odst. 3 písm. b) bod 1, § 40 odst. 1 a 3, § 120 odst. 1 písm. a) a odst. 2 písm. a) a § 121) a stanovené zákonem o zadávání veřejných zakázek (viz § 36 odst. 5, odst. 7, § 40 odst. 1, § 54 odst. 2 písm. b), § 99, § 268 odst. 1, písm. a) a odst. 2 písm. a) a § 270 odst. 1, 4, 5, 6, 7 a 8). Žalobce žádnou argumentaci v uvedeném směru navíc netvrdil.

VIII. Závěr a náklady řízení

47. Krajský soud na základě výše uvedených skutečností neshledal žalobu důvodnou, proto ji výrokem I. tohoto rozsudku postupem podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
48. O náhradě nákladů řízení před krajským soudem i Nejvyšším správním soudem rozhodl krajský soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož platí, že 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 ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat do dvou týdnů po jeho doručení kasační stížnost. 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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 7. 2. 2019

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu