



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudkyň JUDr. Ing. Venduly Sochorové a JUDr. Kateřiny Mrázové, Ph.D., v právní věci žalobkyně: **Vysoká škola báňská – Technická univerzita Ostrava**, se sídlem 17. listopadu 15/2172, Ostrava - Poruba, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 1. 2016, č. j. ÚOHS-R175/2014/VZ-00553/2016/323/KKř,

takto:

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

Rozhodnutím ze dne 16. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S109/2014/VZ-10150/2014/532/SPo, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže shledal, že se žalobkyně dopustila správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZVZ“). Při zadávání veřejné zakázky „*Dodavatel stavby Vesmírná brána – moderní centrum komunikace vědy v areálu Hvězdárny a planetária Johanna Palisy VŠB TU Ostrava – Krásné pole*“ (dále též „Vesmírná brána“) nedodržela postup stanovený v § 44 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 ZVZ, neboť některé položky výkazu výměr nevymezila dostatečně určitým způsobem. Předmět veřejné zakázky nebyl vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, čímž žalobkyně nedodržela zásadu transparentnosti a mohla podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dne 21. 12. 2012 žalobkyně uzavřela smlouvu o dílo na plnění předmětné veřejné zakázky s vybraným uchazečem, společností VOKD, a. s. Za spáchání tohoto deliktu uložil žalovaný žalobkyni pokutu ve výši 250 000 Kč.

Rozklad žalobkyně předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zamítl a rozhodnutí správního orgánu I. stupně potvrdil.

II. Žaloba

Žalobkyně napadla rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou. Má za to, že se v řízení o rozkladu dostatečně nevypořádal s jejími námitkami a nesprávně posoudil skutkový stav věci. Domnívá se, že skutkový stav, který vzal předseda žalovaného za základ svého rozhodnutí, je v rozporu se skutečnostmi vyplývajícími ze správního spisu.

Nelze souhlasit s argumentací žalovaného o nepřesném vymezení předmětu veřejné zakázky. Zadávací podmínky byly nastaveny v souladu s § 44 odst. 1 až 4 ZVZ zcela jednoznačně a stejně pro všechny uchazeče. Nebyl vytvořen prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad zadávací dokumentace.

Smyslem povinnosti přesně vymežit předmět veřejné zakázky je vytvoření podmínek pro ocenění předmětu veřejné zakázky a stanovení požadavků zadavatele na plnění takovým způsobem, aby všichni dodavatelé chápali zadání totožně. Sporné položky výkazu výměr nebyly specifikovány natolik přesně, aby byly vnímány dodavateli totožně. Současně však pro zadavatele bylo nezbytné tyto položky do veřejné zakázky zakomponovat. Zadavatel byl limitován termínem pro dokončení projektu stanoveným ze strany poskytovatele dotace. Jednalo se o plnění související, převážně zabudovávané. Pro překlenutí nedostatků specifikace předmětných položek poskytl zadavatel alespoň základní vymezení předmětné části plnění a stanovil jasné pokyny, jak položky ocenit. Byly tak splněny podmínky pro následné zadání předmětného plnění vítěznému uchazeči prostřednictvím „kvazi“ opčního práva. Postup zadavatele žádným způsobem výběr nejvhodnější nabídky neovlivnil.

Pochybení zadavatele lze spatřovat nanejvýš v tom, že explicitně neuvedl, že hodnoty předmětných položek zamýšlené jako předpokládané (opční právo), mají být započítány do celkových nabídkových cen uchazečů. Ze zadávací dokumentace však tato

povinnost implicitně vyplynula. Uvedený postup byli povinni aplikovat všichni uchazeči, nemohlo tak dojít k posunu v pořadí jednotlivých nabídek. Žalovaný tento postup zadavatele nesprávně interpretoval.

Záměrem žalobkyně bylo následné využití „kvazi“ opčního práva na dodávky pro předmětnou část plnění. Opční právo je upraveno zákonem o veřejných zakázkách. Je-li využíváno, dochází vždy k vyloučení soutěže v předmětné části plnění. Pokud žalovaný uvádí, že došlo k vyloučení cenové soutěže v části plnění a odepření možnosti vysoutěžit nabídky s nižší cenou, zpochybňuje celý institut opčního práva. Uchazeč OHL ŽS byl ze zadávacího řízení vyloučen právě proto, že nenacnil všechny požadované položky v souladu s § 76 odst. 1 ZVZ.

Žalobkyně nesouhlasí se závěrem žalovaného, že nedostatečná specifikace a tím pádem nabízení imaginárního výrobku způsobila neporovnatelnost nabídek. Záměrem zadavatele bylo upřesnit specifikaci daných výrobků v navazujícím zadávacím řízení (v jednacím řízení bez uveřejnění) a v návaznosti na to i cenu. Zadavatel nepoptával imaginární výrobky, pouze si vyhradil právo v budoucnu s vybraným uchazečem související plnění dojednat. Šlo o období opčního práva nebo rezervy.

Neměla-li cena za část plnění týkající se předmětných položek vliv na výběr nejvhodnější nabídky, není vyloučena možnost zúžit v této části předmět plnění ve smlouvě uzavřené s vítězným uchazečem. Následné zadání této části předmětu veřejné zakázky ve vhodném druhu otevřeného zadávacího řízení bylo podle žalobkyně v souladu se zákonem.

Tvrzení žalovaného o porušení § 6 odst. 1 ZVZ podle žalobkyně neobstojí. O požadavku na způsob ocenění projektových prací byli uchazeči podrobně informováni v rámci dodatečných informací k veřejné zakázce č. 18. Zde bylo uvedeno, že výše 3,5 % bude vypočtena ze základních rozpočtových nákladů a má být dodržena všemi uchazeči zadávacího řízení. Uvedený postup měl zajistit transparentnost zadávacího řízení a vyloučit diskriminaci dodavatelů. Zadavatel v zadávací dokumentaci (a v dodatečné informaci č. 8) stanovil povinnost ocenit v nabídkách určité položky v části plnění „Interiér“ a „ostatní“ předem stanovenou hodnotou. Touto zadávací podmínkou byla zajištěna porovnatelnost jednotlivých nabídek, i rovný a nediskriminační přístup ke všem uchazečům.

Žalobkyně dále brojí proti odůvodnění výše pokuty. Žalovaný se v bodě 38 napadeného rozhodnutí nedostatečně zabýval námitkou ohledně výše pokuty uplatněnou v rozkladu. Napadené rozhodnutí je proto v této části nepřezkoumatelné a rovněž nesprávné. Podle žalobkyně musí být zohledněno, že nakládá s finančními prostředky, které jsou účelově vázány zejména na vědeckou a vzdělávací činnost. Způsob výpočtu pokuty používaný žalovaným běžně u obchodních společností není vhodný v případě veřejné univerzity, jejíž hospodaření je závislé toliko na účelově přidělených prostředcích ze státního rozpočtu a jiných veřejných zdrojů.

S ohledem na výše uvedené žalobkyně navrhla, aby soud rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil, věc mu vrátil k dalšímu řízení a přiznal žalobkyni náhradu nákladů řízení.

Přípisem ze dne 17. 5. 2016 žalobkyně na výzvu soudu sdělila, že navrhuje projednat předmětnou věc v rámci nařízeného jednání.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný setrval na závěrech vyslovených v napadeném rozhodnutí. Je přesvědčen, že se žalobkyně dopustila pochybení při zadávání veřejné zakázky, neboť některé položky nebyly v zadávací dokumentaci vymezeny v souladu s § 44 odst. 1 ZVZ. Nelze-li rozsah dodávek stanovit naprosto přesně, je nutné, aby zadavatel v podmínkách zadání určil alespoň předpokládaný rozsah plnění. Uchazeči musí mít možnost uvést nabídkovou cenu k požadovanému objemu a rozsahu plnění; nesmí být pochyb, oč se soutěží. Nedostatek specifikace jmenovaných položek nelze překlenout stanovením fixních cen. Daným způsobem žalobkyně omezila cenovou soutěž mezi uchazeči. Veřejná zakázka byla zadána na základě zkresleného hodnocení nabídek, což mohlo mimo jiné podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Uvedený závěr žalovaného byl potvrzen rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 28. 4. 2011, sp. zn. 62 Ca 27/2009. I když se daný rozsudek týká předchozí právní úpravy, jsou jeho závěry o nutnosti podrobného vymezení předmětu veřejné zakázky aplikovatelné i v případě žalobkyně.

Žalovaný nepopírá, že v praxi existují případy, kdy v okamžiku zadání veřejné zakázky nelze její předmět vymezit dostatečně přesně. Pro takové případy zákon stanoví možnost využití opčního práva podle § 99 ZVZ. Zadavatel však nemůže, tím spíše v situaci, kdy je hodnotícím kritériem nejnížší nabídková cena, sám ocenit část položek tvořících předmět veřejné zakázky. Uvedným postupem žalobkyně vyloučila taktiku dodavatelů při stanovení nabídkové ceny. Přitom právě ocenění interiérového vybavení zpravidla může představovat široký rozptyl nabízených cen, a to s ohledem na užití materiály, kvalitu, design zpracování apod. Zakomponováním fixně stanovených cen se podané nabídky staly vzájemně nesrovnatelné, neboť předmětem hodnocení byla výsledná nabídková cena, která zahrnovala jak řádně oceněné položky, tak fiktivně určené ceny, které by se při reálném soutěžení mohly lišit.

Nelze přisvědčit žalobkyni, že její postup odpovídal kvazi verzi opčního práva. Pokud si žalobkyně použití opčního práva v souladu s § 99 ZVZ nevyhradila v zadávacích podmínkách, nemohla tento institut využít. Zamýšlela-li zadat další dodávky a služby, mohla tak učinit pouze v rámci nového zadávacího řízení. Zákon upravuje proces zadávání veřejných zakázek z velké části kogentně, je proto nutné dodržovat jeho instituty. Zadavatel nemůže obcházet ustanovení zákona a tvrdit, že jde o jejich obdobu či „kvazi“ verzi. Připuštěním kvazi postupů by se zadávání veřejných zakázek stalo

nekontrolovatelné. Pokud si žalobkyně platně nevyhradila opční právo, nemohla využít postupu podle § 23 odst. 7 písm. b) či § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ.

Žalovaný odmítá názor žalobkyně, že její postup nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Někteří dodavatelé, jež by byli ochotni podat nižší nabídku do části předmětu zakázky s fixně stanovenými cenami, nemohli v této části soutěžit o nejnížší nabídkovou cenu, která by případně jejich nabídku posunula v žebříčku výhodnosti oproti jiným nabídkám. V řešeném případě byl ze zadávacího řízení vyloučen uchazeč, který požadavek zadavatele na nacenění příslušných položek fixními cenami nerespektoval. Jeho nabídka však byla cenově nejnížší. Nesprávný postup zadavatele tak skutečně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.

Žalobkyně uvádí, že specifikaci v předmětné části plnění hodlala upřesnit až v navazujícím zadávacím řízení – v jednacím řízení bez uveřejnění. Takový postup realizovat nelze. Ustanovení § 21 odst. 1 ZVZ vymezuje druhy zadávacího řízení taxativním výčtem; modifikaci neumožňuje. Pro užití následného jednacího řízení bez uveřejnění nebyly splněny podmínky (§ 23 ZVZ).

Pochybení žalobkyně nelze zhojit dodatečným tvrzením, že má možnost ve sporné části plnění zúžit předmět veřejné zakázky v rámci smlouvy uzavírané s vybraným uchazečem a následně zadat tuto část předmětu zakázky v odpovídajícím druhu zadávacího řízení. Dodatečné legalizování postupu zadavatele nemůže zhojit skutečnost, že k porušení zákona již došlo. Takové porušení zákona nsvíc mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Nečitelnost kroků zadavatele způsobila netransparentnost zadávacího řízení ve smyslu judikatury správních soudů (např. rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, sp. zn. 62 Af 50/2011, a Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010). Podle žalovaného došlo k porušení § 6 odst. 1 ZVZ. Na tom nic nemění skutečnost, že žalobkyně informovala o způsobu ocenění konkrétních položek v rámci dodatečných informací.

K odůvodnění výše pokuty žalovaný poznamenal, že přihlédl k ekonomické situaci žalobkyně a posoudil i otázku možné likvidačnosti pokuty v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, sp. zn. 1 As 9/2008, a nálezem Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, Pl. ÚS 3/02. Žalovaný nepochybně, že velká část příjmů žalobkyně je účelově určena na financování vědecké činnosti a vzdělávacích aktivit. Vycházel z hodnoty hospodářského výsledku, neboť jde o nejspolehlivější a nejprůhlednější způsob. V hospodářském výsledku jsou mandatorní výdaje zohledněny. Většina zadavatelů nevznikla za účelem podnikání, není tedy pravdou, že by postup žalovaného byl vhodný jen pro obchodní společnosti. Uložená pokuta je přiměřená závažnosti porušení zákona. Pohybuje se pod dolní polovinou možné sazby. Úkolem žalovaného není detailně zkoumat a rozlišovat účelově určené prostředky od prostředků získaných z vlastních aktivit žalobkyně. Pokuta uložená ve správním řízení není z pohledu hospodářského výsledku neúměrná ani likvidační.

Žalovaný proto navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Jednání

Při jednání konaném dne 26. 2. 2018 účastníci řízení setrvali na svých stanoviscích.

V. Posouzení věci soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s. ř. s.“), v mezích uplatněných žalobních bodů. Ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (*ex offio*), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného.

Soud dospěl k závěru, že **žaloba není důvodná**.

Krajský soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o rozkladu [bod V. A) tohoto rozsudku], poté námitkou nesprávného posouzení porušení zákona o veřejných zakázkách, konkrétně výtkou nedostatečně určitého vymezení předmětu plnění a porušením zásady transparentnosti [bod V. B) rozsudku]. Závěrem hodnotil námitku nesprávného stanovení výše pokuty [bod V. C) rozsudku].

V. A) Námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o rozkladu

Žalobkyně v podané žalobě namítá, že se předseda žalovaného nedostatečně vypořádal s jejími námitkami ohledně výše pokuty, resp. její likvidačnosti či účelového určení finančních prostředků.

Krajský soud s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu shrnuje, že nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí pro nedostatek důvodů musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit v něm jeho obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-76, publikované pod č. 1566/2008 Sb. NSS, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 – 44, publikovaný pod č. 689/2005 Sb. NSS). Není přípustné institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztáhnout jej i na případy, kdy se správní orgán podstatou námitky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty vznesené námitky a dopustí se dílčího nedostatku odůvodnění.

Námitkami žalobkyně ohledně výše uložené pokuty se předseda žalovaného zabýval v bodech 41 – 43 napadeného rozhodnutí. Konstatoval, že „*ekonomická situace zadavatele je zohledňujícím parametrem pro určení výše pokuty pouze do té míry, do jaké by mohla působit na podnikatelský subjekt likvidačně*.“ K účelovému určení finančních prostředků žalobkyně pak předseda žalovaného konstatoval: „*Jakkoli lze souhlasit s tvrzením zadavatele, že finanční prostředky, které tvoří velkou část jeho příjmů, jsou účelově*

určeny zejména na financování vědecké činnosti a vzdělávacích aktivit, nelze považovat výši uložené pokuty za likvidační (...), neboť se pohybuje při spodní hranici možné sazby.“ Předseda žalovaného dodal, že žalovaný vycházel při výpočtu pokuty z hospodářského výsledku, který je dán „rozdílem výnosů a nákladů zadavatele, v němž jsou mandatorní výdaje započteny, a tedy zohledněny.“ Uzavřel, že zkrácení dotace z důvodu nesprávného postupu zadavatele nemůže mít vliv na postup žalovaného na rozhodování, zda se zadavatel dopustil správního deliktu, ani na ukládání pokuty.

Z výše uvedeného je zřejmé, že se předseda žalovaného námitkami ohledně výše pokuty v rozhodnutí o rozkladu řádně zabýval. V bodech 41 – 43 rozhodnutí popsal, proč podle jeho názoru není pokuta likvidační, z jakých kritérií Úřad při výpočtu pokuty vycházel a vyjádřil se i k účelovému určení většiny příjmů žalobkyně. Napadené rozhodnutí proto nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů netrpí. Žalobkyně spíše brojí proti správnosti závěrů žalovaného v tomto směru, kterou se soud zabýval v části V. C) tohoto rozsudku, nikoliv proti nedostatečnosti odůvodnění.

Námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy žalovaného proto není důvodná.

V. B) Námitka nesprávného posouzení porušení ZVZ

Žalobkyně je přesvědčena, že se při zadání veřejné zakázky nedopustila porušení ZVZ. Nesouhlasí se závěrem žalovaného, že předmět veřejné zakázky byl vymezen nekonkrétně [bod V. B. 1] ani že by byla porušena zásada transparentnosti [bod V. B. 2].

Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ 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.

Ve správním řízení bylo shledáno, že žalobkyně porušila § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, ve znění účinném do 30. 6. 2012, tím, že při zadání veřejné zakázky Vesmírná brána nedodržela postup stanovený v § 44 odst. 1 ve spojení s § 6 odst. 1 ZVZ, neboť některé položky ve výkazu výměr (viz níže) nevymezila dostatečně určitým způsobem. Předmět zakázky podle žalovaného nebyl vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, čímž nebyla dodržena zásada transparentnosti. Uvedený postup mohl podle žalovaného podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dne 21. 12. 2012 uzavřela žalobkyně smlouvu o dílo na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem (VOKD, a. s.).

Soud proto posuzoval, zda žalobkyně při zadání veřejné zakázky Vesmírná brána porušila pravidla stanovená ZVZ.

Ze správního spisu vyplynuly následující skutečnosti.

Věřejná zakázka Vesmírná brána byla zadána v otevřeném řízení a byla uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 4. 2012 pod evidenčním číslem 212297, ve znění oprav uveřejněných 6. 4. 2012, 24. 4. 2012 a 29. 5. 2012.

Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil povinnost nacenit položku Projektové a průzkumné práce pevnou procentní sazbou z nabídkové ceny (3,5 % z nabídkové ceny) a dále povinnost ocenit určité položky výkazu výměr v části „Interiér“ a „ostatní“ předem stanovenou hodnotou. Konkrétně se jednalo o fixní ceny u vyjmenovaných položek v následující výši:

1-1	Infopult	240 000 Kč
1-11	Pult režie planetárium	124 000 Kč
1-12	Vybavení strojovny	81 000 Kč
1-15	Úprava interiéru sálu	121 000 Kč
1-16	Interiér planetárium	83 000 Kč
1-17	Interiér kupole	(2 × 89 000) 178 000 Kč
1-18	Pult dozor, prodej vivárium	163 000 Kč
171	Repase ovládacích prvků	300 000 Kč
172	Kopule planetária	300 000 Kč

Svůj postup vysvětlil zadavatel v dodatečných informacích. K položce Projektové a průzkumné práce v dodatečné informaci č. 18 uvedl (DI k zadávacím podmínkám č. 3): „Výše 3,5 % za projektové a průzkumné práce byla stanovena stavebníkem s ohledem na technickou náročnost stavebních prací. Výše 3,5 % bude dodržena všemi účastníky výběrového řízení.“ K nacenění položek interiéru fixně stanovenou cenou v dodatečné informaci č. 8 (DI k zadávacím podmínkám č. 13 a č. 14) konstatoval: „Jelikož není detailně zpracován návrh interiéru, určuje projektant odhadované ceny, které budou použity všemi účastníky výběrového řízení“. K položkám Repase a Kopule planetária zadavatel v dodatečné informaci č. 9 (DI k zadávacím podmínkám č. 17) zmínil: „Jednotková cena položky č. 171 stanovena na 300 000 Kč (bez DPH). Jednotková cena položky č. 172 stanovena na 300 000 Kč (bez DPH). Tuto cenu použijí všichni účastníci výběrového řízení.“

Rozhodnutím zadavatele ze dne 19. 11. 2012 byl ze zadávacího řízení vyloučen uchazeč OHL ŽS, a. s. s odůvodněním: „Zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval, aby nabídková cena zahrnovala cenu za projektovou dokumentaci a u nařízených položek nařizoval zadavatel výši nabídkové ceny. Nabídka předložená uchazečem tyto nařízené podmínky nerespektovala, nabídka tak nesplňuje požadavky zadavatele v zadávacích podmínkách.“ Nabídková cena vyloučeného uchazeče činila 44 898 393,24 Kč (bez DPH).

Na základě hodnotícího kritéria nejnižší nabídková cena byla jako nejvhodnější vybrána nabídka uchazeče VOKD, a. s. Jeho nabídková cena činila 47 859 986,85 Kč (bez DPH).

Ve vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 12. 3. 2014 žalobkyně zvolený postup odůvodnila následujícím způsobem. K pevné procentní sazbě za Projektové a průzkumné práce uvedla: „projektové práce měly zahrnovat i část plnění „Interiér“, který zadavatel hodlal realizovat v následném zadávacím řízení zadávaném zadavatelem v jednacím řízení bez uveřejnění (...). Zadavatel zahrnul tuto položku (...) do výkazu výměr, protože se jedná o část plnění, které bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky, nicméně vzhledem k položkám výkazu výměr (položky v rámci části „Interiér“), které nebyl schopen jednoznačně vymezit v rámci zadávací dokumentace, byl nucen všem uchazečům stanovit konkrétní výši, se kterou mají ve svých nabídkách kalkulovat.“ Důvodem stanovení fixních cen za položky Interiéru a Ostatní mělo podle zadavatele být, že „hodlal pro ocenění daných položek použít Jednací řízení bez uveřejnění (...), na základě kterého by se stanovila konkrétní cena daných položek, a to na základě zadavatelem předložené výzvy k podání nabídek vč. technické specifikace (detailně zpracovaného návrhu interiéru – projektové dokumentace a položek „ostatní“). Důvodem, proč byla tato část plnění zahrnuta do předmětu veřejné zakázky je to, že v převážné míře se jedná o interiér zabudovaný do stavby a bylo tak vhodné, aby dodávky interiéru byly prováděny totožným dodavatelem, který provedl stavební práce.“

V. B. 1. (Ne)konkrétnost vymezení předmětu veřejné zakázky

Podle § 44 odst. 1 ZVZ zadávací dokumentace je 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.

Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 3/2009-43, zdůraznil, že „zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka. (...) Pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavatelovy 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.“ Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222, vyplývá, že „zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky „soutěžit“. (...) Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.“

Je tedy zřejmé, že předmět veřejné zakázky musí být při zahájení zadávacího řízení vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Není přípustné, aby v okamžiku zadání veřejné zakázky nebylo zřejmé, oč se v rámci vypsané zakázky soutěží a aby některé položky výkazu výměr byly zadány obecně, bez náležité konkretizace a specifikace, kterou by uchazeči potřebovali pro odpovědné ocenění takových položek. Rezignaci zadavatele na požadavek náležité specifikace předmětu veřejné zakázky

vyplývající z § 44 odst. 1 ZVZ nelze odůvodnit nutností rychlého zadání veřejné zakázky s ohledem na časový harmonogram stanovený v podmínkách dotace poskytnuté na realizaci veřejné zakázky. Pokud žalobkyně v okamžiku zadání veřejné zakázky neměla ještě zpracovány detaily projektu ve vztahu k návrhu interiéru a nemohla déle čekat na konkretizaci projektu s ohledem na nastavení dotačních podmínek, mohla v souladu se zákonem o veřejných zakázkách buďto předmět zakázky rozdělit na dvě dílčí zakázky, nebo využít některý vhodný institut zákona o veřejných zakázkách, který by danou situaci řešil, např. opční právo podle § 99 ZVZ. Je nutné si uvědomit, že zadávací řízení představuje „*vysoce formalizovaný postup, kde i formální pochybení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče, projevujícím se například právě vyřazením nabídky a následným vyloučením ze zadávacího řízení, tedy úplným zamezením získání veřejné zakázky a možnosti jejího plnění*“ (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42, bod 30).

Hodlala-li žalobkyně využít opčního práva, musela respektovat podmínky tohoto institutu stanovené ZVZ. Podle § 99 odst. 1 ZVZ *se opčním právem rozumí právo zadavatele na poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací, jejichž zadání si zadavatel vyhradil v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení, užším řízení nebo zjednodušeném podlimitním řízení, a v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti i v soutěžním dialogu. Opční právo je zadavatel oprávněn využít pouze ve vztahu k dodavateli, kterému zadal původní veřejnou zakázku. Z odstavce 2 citovaného ustanovení, věta první, plyne, že zadat veřejnou zakázku na základě využití opčního práva může zadavatel pouze v jednacím řízení bez uveřejnění; takto však nelze zadat veřejnou zakázku na dodávky. Podle odstavce 4 pak v nabídce na veřejnou zakázku, při jejímž zadávání si zadavatel vyhradil opční právo, uvádí dodavatel výši nabídkové ceny pouze ve vztahu k těm částem plnění veřejné zakázky, které se netýkají opčního práva, nestanoví-li zadavatel v zadávacích podmínkách jinak.*

Z literatury vyplývá, že opční právo je právem zadavatele, které spočívá v možnosti zadat dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění realizaci dalších dodávek, služeb či stavebních prací nad rámec původně zadané veřejné zakázky, a to v souladu se zákonem. Opční právo využije zadavatel, pokud předpokládá, že v budoucnu bude zadávat plnění navazující na původní zadávanou veřejnou zakázku, a současně nemá úplnou jistotou, zda je bude (resp. bude moci) skutečně realizovat. Zadavatel, který předpokládá využití opčního práva, musí toto zohlednit už v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky [§ 17 písm. l) ZVZ]. Nevyhradil-li si zadavatel použití opčního práva v zadávacích podmínkách, není oprávněn tento institut využít a v případě, že chce zadat další dodávky, služby či stavební práce, musí tak učinit pouze za podmínek stanovených zákonem, a je tedy povinen zahájit nové zadávací řízení (PODEŠVA, V. a kol. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2006).

Z § 99 odst. 1 ZVZ vyplývá, že hodlá-li si zadavatel vyhradit opční právo, musí tak učinit již v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky. Zadávacími podmínkami se rozumí *veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího*

řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky [§ 17 písm. l) ZVZ].

Nutnou podmínkou využití opčního práva je vyhrazení tohoto postupu v zadávacích podmínkách. Již při zadání veřejné zakázky musí být zřejmé, že zadavatel v budoucnu může vítěznému dodavateli poskytnout v jednacím řízení bez uveřejnění další dodávky či služby související se zadávanou zakázkou, rozhodne-li se opčního práva využít. V předmětné věci není mezi stranami sporu, že si žalobkyně v zadávacích podmínkách veřejné zakázky použití opčního práva nevyhradila. To dokládá i spisový materiál: v oznámení zadávacího řízení, v zadávací a kvalifikační dokumentaci ani v jiném dokumentu opční právo vyhrazeno nebylo. Soud proto uzavírá, že žalobkyně si v zadávacích podmínkách veřejné zakázky Vesmírná brána opční právo platně nevyhradila (§ 99 ZVZ). Nemohla proto následně zadat vítěznému uchazeči další dodávky či služby v jednacím řízení bez uveřejnění s ohledem na „kvazi“ verzi opčního práva.

Jak již bylo shora zmíněno, zadávání veřejných zakázek je vysoce formalizovaný proces, jehož smyslem je zajistit korektní soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku. Instituty zákona o veřejných zakázkách musí zadavatel využívat se všemi jejich náležitostmi a zákonnými podmínkami. Nelze připustit, aby zadavatel nerespektoval rigorózní požadavky zákona o veřejných zakázkách a instituty tohoto zákona využíval v jejich tzv. „kvazi“ verzi, tedy za podmínek upravených, přizpůsobených jeho vlastním potřebám.

Námítka nesprávného posouzení využití tzv. „kvazi“ verze opčního práva žalovaným tak není důvodná.

Nad rámec výše uvedeného soud dodává, že podle žalobkyně měla být následně v jednacím řízení bez uveřejnění zadána veřejná zakázka na dodávky. Takovou možnost ovšem zákon v § 99 odst. 2 ZVZ nepřipouští. Ani pokud by bylo opční právo platně vyhrazeno v zadávacích podmínkách, nebylo by možné jeho prostřednictvím následně zadat v jednacím řízení bez uveřejnění veřejnou zakázku na dodávky.

V. B. 2) Zásada transparentnosti

Podle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Citované ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ inkorporuje do zákona o veřejných zakázkách obecné zásady, kterými je zadavatel povinen se řídit při všech činnostech souvisejících se zadáváním veřejných zakázek. Pro projednávanou věc má význam zejména zásada transparentnosti. Jejím smyslem je, aby na příslušnou veřejnou zakázku bylo nazíráno jako na čitelnou a v jistém slova smyslu i předvídatelnou a aby tato podléhala efektivní veřejné kontrole (srov. PODEŠVA, V. a kol. *opus cit.* výše).

Z judikatury vyplývá, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný (rozsudek

Nejvyššího správního soudu ze dne ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, publikovaný pod č. 2189/2011 Sb. NSS bod 44). Obdobně Soudní dvůr Evropské unie vyložil, že zásada transparentnosti spočívá v zárukách poskytovaných všem potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku stran odpovídajícího stupně publicity umožňujícího otevření zadávacího řízení konkurenci, stejně jako stran kontroly nestrannosti průběhu zadávacího řízení (např. rozsudky dne 7. 12. 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH a Telefonadress GmbH proti Telekom Austria AG*, bod 62, nebo ze dne 13. 11. 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de Bruxelles-Capitale*, bod 25). Úkolem 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. (viz shora citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 3/2009-43).

Porušení zásady transparentnosti v posuzovaném případě žalovaný spatřoval v tom, že nedostatečně vymezený předmět veřejné zakázky (v rozporu s § 44 odst. 1 ZVZ) mohl ovlivnit férovou soutěž mezi uchazeči o ni.

S uvedenou úvahou se soud ztotožňuje. Jak již bylo výše zmíněno, předmět veřejné zakázky musí být v zadávací dokumentaci stanoven v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Aby uchazeči mohli o zakázku soutěžit, musí jim být známy detaily, oč se vlastně soutěž vede. Jinak se uchazeči nemohou řádně soutěže zúčastnit. Byť bylo žalobkyní uchazečům sděleno, jak mají nedostatečně určité položky výkazu výměr nacenit, nevěděli přesně, zda jsou fixně určené ceny reálné a jakým konkrétním výrobkům vlastně odpovídají. Nemohli rovněž posoudit, zda by oni sami nemohli v uvedených cenách s jinými uchazeči soutěžit a nabídnout cenu nižší, než jak byla žalobkyní závazně určena, jednoduše proto, že samotní uchazeči netušili, jak budou dané položky projektantem konkretizovány. Nedostatečná specifikace předmětu veřejné zakázky ve vztahu k některým položkám výkazu výměr vedla v projednávaném případě ke znemožnění férové soutěže mezi uchazeči a tím pádem k porušení zásady transparentnosti. V okamžiku zadání veřejné zakázky nemohlo být uchazečům zcela zřejmé, oč se vlastně soutěží. Neobstojí proto námitka, že pokud nebyly některé položky výkazu výměr přesně specifikovány, mohl zadavatel stanovit jasné pokyny, jak je ocenit.

Soud odmítá argumentaci žalobkyně, že jednotná cena byla stanovena shodně pro všechny uchazeče a ve svém důsledku nemohla ovlivnit výslednou nabídkovou cenu či způsobit neporovnatelnost nabídek. Již výše soud vysvětlil, proč nelze aprobovat postup žalobkyně, která část předmětu veřejné zakázky nevymezila dostatečně konkrétně, aby jej bylo možno uchazeči samostatně ocenit, a po uchazečích požadovala ocenění těchto položek předem nadefinovanými hodnotami. Vnucení fixních cen, které nemusely reflektovat individuální možnosti jednotlivých uchazečů, mohlo narušit férovou soutěž mezi uchazeči v této části předmětu plnění a tím pádem ovlivnit výslednou nabídkovou

cenu i pořadí jednotlivých uchazečů. Náhled žalobkyně na danou problematiku, že byla-li cena za tyto položky určena jednotně a pro všechny uchazeče shodně, nemohla tudíž ovlivnit soutěže, je nesprávný. Odhlíží totiž od širších souvislostí případu, zejména od skutečnosti, že pokud by byl předmět veřejné zakázky náležitě vymezen, mohli by uchazeči soutěžit i o položky, u nichž byly ceny pevně stanoveny. Naceněním těchto položek pak mohli získat výhodu oproti uchazečům jiným a výsledná nabídková cena mohla být nižší, než cena ve skutečnosti vysoutěžená.

Lze tak uzavřít, že stanovení fixních cen za určité položky, které nebyly ve výkazu výměr specifikovány dostatečně určitě, mohlo narušit řádnou soutěž mezi uchazeči o veřejnou zakázku a mohlo ovlivnit výsledné pořadí uchazečů. Ostatně ze správního spisu vyplývá, že uchazeč, který pevné ceny stanovené žalobkyní nerespektoval (a v důsledku toho byl vyloučen ze zadávacího řízení), nabídl nižší nabídkovou cenu, než vítězný uchazeč. Lze předpokládat, že rovněž ostatní uchazeči by mohli v této části předmětu plnění veřejné zakázky soutěžit s pozitivním dopadem na výslednou nabídkovou cenu. Postup žalobkyně tak v daném případě měl reálný dopad na férovou soutěž mezi uchazeči, a tím pádem i na transparentnost zadávacího řízení.

Námítka nesprávného posouzení porušení zásady transparentnosti tak není důvodná.

V. C) Námítka nesprávného stanovení výše pokuty

Žalobkyně dále namítá, že žalovaný měl při ukládání pokuty přihlédnout k tomu, že většina jejích příjmů je účelově vázaná.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ se za *správní delikt se uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán* (§ 121 odst. 2 ZVZ).

Žalovaný při stanovení výše pokuty vycházel z hospodářského výsledku žalobkyně a dbal na to, aby byly naplněny obě funkce právní odpovědnosti, tedy funkce represivní i preventivní. Přitom přihlédl k tomu, aby pokuta neměla likvidační účinek. Dodal, že hospodářský výsledek je dán rozdílem výnosů a nákladů žalobkyně, proto jsou v něm mandatorní výdaje zohledněny.

Ze správního spisu soud ověřil, že hospodářský výsledek žalobkyně – zisk – činil v roce 2013 po zdanění 27 371 tis. Kč, přičemž 14 153 tis. Kč připadalo na hlavní činnost a 13 218 tis. Kč na činnost doplňkovou. Z výroční zprávy o hospodaření žalobkyně za rok 2013 dále vyplývá, že finanční situace žalobkyně je dlouhodobě stabilní a že žalobkyně nemá v oblasti cash-flow žádné problémy, o čemž svědčí zůstatek finančních prostředků na účtech u bankovních ústavů (viz strana 18 výroční zprávy).

K námitce žalobkyně, že její finanční prostředky jsou účelově vázány a slouží k vzdělávací a výzkumné činnosti, nikoliv k úhradě pokut, soud odkazuje na rozsudek

Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2017, č. j. 1 As 135/2017-34, týkajícího se jiného správního deliktu žalobkyně při zadávání veřejných zakázek. V něm Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„veřejná vysoká škola musí disponovat více prostředky, než pouze na krytí mandatorních výdajů. Dle zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách, je [žalobkyně povinná] tvořit rezervní fond určený zejména na krytí ztrát v následujících účetních obdobích a fond rezervních prostředků [srov. § 18 odst. 6 písm. a) a g)]. Navíc, zákon o veřejných zakázkách již ze své podstaty často dopadá na subjekty, které mají nějaké veřejné úkoly, disponují s veřejnými prostředky či jsou s veřejnou sférou nějak jinak propojené.“*

Uvedený závěr je platný i v nyní projednávané věci. Výše pokuty 250 000 Kč nemohla být pro žalobkyni likvidační (a žalobkyně ani v tomto směru nesnáší žádné konkrétní argumenty), neboť z účetní závěrky vyplývá, že hospodaří s prostředky v mnoha řádech vyššími. Stejně tak podle soudu nemohla uložená pokuta ohrozit plnění úkolů, uložených žalobkyni zákonem o vysokých školách. I kdyby měla žalobkyně množství prostředků vázané na granty, granty obsahují nenárokové částky představující odměny jeho řešiteli. Účetní záznamy obsažené ve správním spise dokládají bezproblémovou finanční situaci žalobkyně. Podle výkazu cash-flow disponuje žalobkyně dostatečnými finančními prostředky k zajištění finanční stability univerzity. Námitka nedostatečného zohlednění povahy žalobkyně jako veřejné vysoké školy proto není důvodná.

Soud tak uzavírá, že žalovaný nepochybil, pokud při stanovení výše pokuty vycházel z hospodářského výsledku žalobkyně a sankci stanovil při spodní hranici sazby, tj. ve výši 250 000 Kč. Skutečnost, že příjmy žalobkyně jsou účelově vázány na financování výzkumné a vzdělávací činnosti, vyplývá z postavení žalobkyně jako veřejné vysoké školy. Výpočet výše sankce z hospodářského výsledku je standardní postup; není důvod k tomu, aby u žalobkyně byla pokuta vypočítávána jinak. Jak žalovaný správně poznamenal, hospodářský výsledek představující rozdíl mezi výnosy a náklady v sobě zahrnuje i účelově určené finanční prostředky. Rovněž z přehledu o peněžních tocích vyplývá, že žalobkyně je v dobré finanční kondici a uložená pokuta pro ni nebude likvidační.

Námitka nesprávného určení výše pokuty tedy není důvodná.

VI. Závěr a náklady řízení

S ohledem na vše shora uvedené lze konstatovat, že soud neshledal důvodným žádný z žalobních bodů, a proto v souladu s ustanovením § 78 odst. 7 s. ř. s. žalobu jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 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. Žalobkyně ve věci úspěch neměla (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu

orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

P o u ě n í: Proti tomuto rozsudku 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.

V Brně dne 26. 2. 2018

JUDr. Zuzana Bystřická,
v.r.
předseda senátu