



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Viktora Kučery právní věci žalobce: **město Šumperk**, se sídlem 787 01 Šumperk, nám. Míru 364/1, IČ 00303461, zast. Doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem se sídlem v Brně, Obilní trh 6, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem 604 55 Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R414/2014/VZ-31197/2015/323/RBu

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R414/2014/VZ-31197/2015/323/RBu, se **z r u š u j e** a věc se **v r a c í** žalovanému zpět k dalšímu řízení.

II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobci ve lhůtě do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku náhradu nákladů řízení v celkové výši 15 342 Kč, k rukám jeho zástupce, Doc. JUDr. Ing. Radka Jurčíka, Ph.D., advokáta.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

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.

Správní orgány dospěly k závěru, že žalobce v pozici zadavatele fakticky zmínil 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

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 nevznnesl 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.

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.

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 skutečností 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 k žalobě

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 zakázky 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.

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.

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.

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 (dále jen „s.ř.s.“). 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.

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.

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

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 způsobili nejsou, přičemž o takovéto selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.

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, jenž k takovému rozhodnutí vedly. Žalobce odmítl i ostatní námitky žalovaného uvedené ve vyjádření k žalobě.

V. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného přezkoumal krajský soud v řízení podle části třetí, hlavy II. dílu 1, § 65 a násl. s.ř.s. v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (ex officio) a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného správního orgánu, přičemž dospěl k závěru, že žaloba je důvodná. O žalobě bylo rozhodnuto bez nařízení jednání za splnění podmínek vyplývajících z ust. § 51 s.ř.s.

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 přitom 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).

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.

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“.

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 na rovině posouzení, zda šlo o úpravu zadávacích podmínek, která nebyla způsobilá rozšířit okruh možných dodavatelů (stanovisko žalobce) či zda šlo o změnu – úpravu zadávacích podmínek, která byla způsobilá rozšířit okruh možných dodavatelů (stanovisko žalovaného) a 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.

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 podstatných 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 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 jako takových, kteří jsou ve smluvním vztahu s investorem a jenž 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 zmínovanou úpravou zadávacích podmínek mohlo dojít k určitému rozšíření okruhu možných dodavatelů.

V projednávané věci je však nutno vzít v úvahu, že lhůta pro podání nabídek byla stanovena ve větším rozsahu, než by mohla být stanovena postupem ve smyslu ust. § 40 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a dále je třeba vzít také v úvahu, že v rámci předmětné veřejné zakázky předložilo nabídku 11 uchazečů, kteří prokázali splnění požadovaných technických kvalifikačních předpokladů, což svědčí o zachování solidního soutěžního prostředí.

Ze znění ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách také 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*. Nejde tedy o jakékoliv ovlivnění, nýbrž o ovlivnění podstatné, což bylo prvostupňovým správním orgánem uvedeno ve výroku rozhodnutí pod bodem I. V rámci odůvodnění prvostupňového a druhostupňového správního rozhodnutí však k tomu, že bylo pouze stručně konstatováno, že předmětným jednáním žalobce mohlo dojít k rozšíření okruhu možných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (viz bod 49 prvostupňového správního rozhodnutí) a druhostupňové správní rozhodnutí v bodě 43 zejména doplnilo, že nelze vyloučit, že pokud by zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče; dále bylo poukázáno na rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 2. 2009, č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc, z něhož vyplývá, že k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a Úřad není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo, či nikoliv a dále i na rozsudek Nejvyššího správního soud ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28, z něhož vyplývá, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Argumentace správních orgánů směřovala do otázky, zda je třeba pro naplnění skutkové podstaty ve smyslu ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nutno dovodit podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky či postačí pouhá možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky *podstatným způsobem*. Napadená rozhodnutí se však nezabývají otázkou, jak mohlo předmětné jednání žalobce ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a to *podstatným způsobem* (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 10. 2011, č. j. 62Af 41/2010-72). Skutečnost, že by žalobce svým postupem podstatně poškodil soutěž nebo mohl podstatně poškodit soutěž, správní orgány nerozvádí a naprosto tak pomíjí intenzitu dopadu, které jednání žalobce přisuzují. Ve spojení s ostatními shora zmíněnými závěry se pak jeví takováto

úvaha jako nedostatečná ve smyslu naplnění podmínky možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky podstatným způsobem. Žalobní námitce směřující do nedostatečného odůvodnění tohoto závěru proto Krajský soud v Brně přisvědčil.

Soud se dále zabýval žalobní námitkou, že postupem správních orgánů došlo k porušení principu právní jistoty, kdy žalobce poukazoval na 4 konkrétní řízení vedená žalovaným, o nichž tvrdil, že z nich vyplývá, že zadavatelé změnili formou dodatečných informací podmínky podstatnějším způsobem, tyto informace měl žalovaný k dispozici a ani v jednom případě nezahájil sankční správní řízení, jak se tomu stalo v případě žalobce. Žalobce namítal, že tímto způsobem došlo k porušení zásady předvídatelnosti rozhodnutí vyjádřené v ust. § 2 odst. 4 správního řádu, přičemž konkrétně odkazoval na informace, které měl žalovaný k dispozici v rámci řízení pod sp. zn. S 402/2013, S 768/2013, S 397/2011 a R 294/2012. Žalobce dále uvedl, že v případě zadávání veřejných zakázek dochází často k poskytování nedostatečných informací a mnohými se více či méně mění zadávací podmínky a nedochází k prodloužení lhůty pro podání nabídek. 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 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (např. sp. zn. R 294/12 a S 397/11) a sankční řízení zahájeno nebylo.

Téměř shodně formulovanou námitku uplatnil žalobce i v rámci rozkladu včetně návrhu na možný důkaz k tvrzeným skutečnostem ve formě podkladu zadání veřejných zakázek (koncesí).

S uvedenou námitkou uplatněnou v rámci rozkladu proti prvostupňovému správnímu rozhodnutí bylo povinností druhostupňového správního orgánu se náležitě vypořádat, k čemuž však nedošlo. Druhostupňové správní rozhodnutí na uvedenou námitku reagovalo bodem 50, 51 a 52, kde je uvedeno, že v případech uvedených pod sp. zn. ÚOHS-S402/2013/VZ a ÚOHS-S768/2013/VZ sice docházelo formou dodatečných informací rovněž ke změnám zadávací dokumentace, avšak v předmětných správních řízeních byly řešeny zcela odlišné právní otázky a především v návaznosti na provedené úpravy zadávací dokumentace zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek postupně od 31. 7. do 18. 11. 2013. V případech vedených pod sp. zn. ÚOHS-S397/2011/VZ a ÚOHS-R294/2012/VZ opět sice docházelo formou dodatečných informací ke změnám zadávací dokumentace, avšak v předmětných správních řízeních byla řešena odlišná právní otázka, a to oprávněnost osoby podat návrh na přezkoumání úkonu zadavatele a hodnocení nabídek. V bodě 52 žalobou napadeného rozhodnutí je dále uvedeno, že ve všech těchto případech šlo o řízení o návrhu navrhovatele, na základě kterého bylo zahájeno správní řízení. Nelze tedy tvrdit, že správní řízení nebyla vůbec zahájena, jak tvrdí zadavatel. Jestliže má zadavatel na mysli řízení o uložení sankce, resp. řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zahájené z moci úřední, pak je argumentováno, že zahájení řízení z moci úřední je plně v rukou správního orgánu. Bylo právě na Úřadu, aby předmětné skutečnosti posoudil jako skutečnosti odůvodňující zahájení řízení z moci úřední, či nikoliv. Na zahájení řízení, jak dále pokračuje odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, z moci úřední není právní nárok. Nadto tato otázka přesahuje rámec přezkumu rozkladem napadeného rozhodnutí. Souhrnně ke všem zadavatelem odkazovaným rozhodnutím druhostupňový správní orgán uzavřel, že se týkal

jiných právních věcí, které jsou skutkově zcela odlišné, přičemž tento rozdíl ve skutkovém stavu věci činí závěry uvedených rozhodnutí pro předmětnou veřejnou zakázku jen stěží použitelnými, což činí argumentaci zadavatele v tomto ohledu irelevantní.

Uvedenou námitkou se však žalobce nedomáhal závěrů, uvedených v rozhodnutích pod citovanými spisovými značkami, ale uplatňoval tvrzení, jak je vyličeeno shora, tedy že v rámci těchto řízení měl žalovaný k dispozici informace o tom, že došlo ke změně zadání – úpravě zadávacích podmínek, přičemž zadavatel nepřistoupil k prodloužení lhůty ve smyslu ust. § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách a Úřad, ačkoliv touto informací disponoval, sankční správní řízení, obdobné jako v nyní projednávané, nezačal. Proto také žalobce navrhoval k důkazu nikoliv finální produkt těchto řízení (správní rozhodnutí), ale podklady poukazovaných veřejných zakázek. Argumentace druhostupňového správního orgánu proto neodpovídá na námitky žalobce a ani neargumentuje, z jakého důvodu k provedení navrhovaného důkazu nebylo přistoupeno. Jedná se o námitku směřující do odlišné správní praxe, která nebyla náležitým způsobem vypořádána.

Žalobce dále uplatnil námitku, že se správní orgán rozhodující o uložení trestu za správní delikt nezabýval okolnostmi vylučujícími protiprávnost správního deliktu a 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 částečně již soud reagoval ve smyslu nedostačující argumentace správních orgánů k naplnění požadavku potenciality ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky podstatným způsobem. Pokud se jedná o poukaz na tzv. krajní nouzi, tato argumentace nebyla žalobcem blíže rozvedena.

Mezi účastníky řízení není sporné, že byly překročeny lhůty pro vydání rozhodnutí stanovené zákonem, z čehož žalobce dovozoval, že by tato okolnost měla mít vliv na výši sankce. Uvedenou námitkou se bude v dalším řízení zabývat druhostupňový správní orgán, pokud shledá podmínky pro uložení sankce. V obecné rovině k této námitce krajský soud poukazuje na nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 554/04 ze dne 31. 3. 2005, z něhož vyplývá, že posuzování délky řízení a její nepřiměřenost je otázkou relativní, při níž je třeba zkoumat vztah délky řízení k dalším atributům řízení, jako jsou složitost jeho předmětu, požadavky na provádění dokazování v průběhu řízení, jednání a procesní aktivity účastníků řízení apod. Závěr o tom, zda doba, po níž trvalo konkrétní řízení, je ještě přiměřená či nikoliv, lze formulovat se zohledněním těchto faktorů, jimiž bylo řízení bezprostředně ovlivněno. Povinností správních orgánů je zjistit skutkový stav tak, aby o něm nebyly důvodné pochyby. Zásada materiální pravdy, která je spojena se zásadou vyšetřovací, má v praxi často za následek, že řízení o správním deliktu se stává postupným procesem, kdy správní orgán na základě prvotních podnětů nebo podezření po zahájení správního řízení získává další nové

informace, které objasňují vyšetřovanou věc. Provádění dokazování může být v konkrétních případech také závislé na ochotě účastníka řízení spolupracovat se správním orgánem. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2005, č. j. 5 As 22/2004 – 52 vyplývá, že požadavek rychlosti řízení není možné nadřadit nad zásadu materiální pravdy. Z těchto hledisek bude třeba předmětnou námitku posoudit, pokud žalovaný dospěje k závěru, že ke spáchání správního deliktu došlo.

Žalobce dále namítal, že správní orgány neprovedly 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. Za tohoto stavu se vůči takovému neurčitému zjištění nemohl žalobce konkrétněji bránit a ani tak z pochopitelných důvodů nečiní v žalobě. V dalším řízení, pokud správní orgány dojdou k úvaze o uložení pokuty, vytčenou vadu napraví a budou-li v naznačeném směru provádět dokazování, příslušný důkaz provedou formou požadovanou procesním předpisem.

VI. Závěr a náklady řízení

S ohledem na shora zjištěná pochybení lze jednoznačně uzavřít, že z pohledu přezkumu zákonnosti žalobou napadené rozhodnutí nemůže obstát. Shora vytčené vady předseda žalovaného napraví, příp. zajistí jejich napravení, přičemž ve smyslu ust. § 78 odst. 5 s.ř.s. je právním názorem, který vyslovil soud ve zrušujícím rozsudku, v dalším řízení správní orgán vázán.

O náhradě nákladů řízení rozhodl soud postupem ve smyslu ust. § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce měl ve věci úspěch, přísluší mu proto právo na náhradu nákladů řízení před krajským soudem, které důvodně vynaložil, proti žalovanému, který ve věci úspěch neměl. Za účelně vynaložené náklady vzal krajský soud zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč a dále mimosmluvní odměny zástupce žalobce za 3 úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, písemné podání žaloby a replika) po 3 100 Kč podle ust. § 7, § 9 a § 11 odst. 1 vyhlášky č. 177/1996 Sb. o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“). Dále se jedná o náhradu hotových výdajů ve výši 900 Kč (3x 300 Kč). Vzhledem ke skutečnosti, že zástupce žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se částka odměny za zastupování a náhrady hotových výdajů o částku 2 142 Kč odpovídající příslušné dani z přidané hodnoty. Celkem se tedy jedná o částku ve výši 15 342 Kč. Ke splnění uvedené povinnosti byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta 30 dnů.

P o u č e 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 22. 11. 2017

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu