



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **Integrovaná střední škola technická a ekonomická Sokolov**, se sídlem Jednoty 1620, Sokolov, právně zast. JUDr. Mgr. Slavomírem Hrinkem, advokátem se sídlem Jičínská 2348/10, Praha 3, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 10. 4. 2014, č. j. ÚOHS-R197/2013/VZ-7683/2014/310/LPa, ve věci správního deliktu zadavatele (žalobce),

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou doručenou Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) dne 10. 6. 2014 domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí (dále jen „napadené

rozhodnutí“) předsedy žalovaného (pro větší přehlednost dále jen „žalovaný“), kterým bylo dílem změněno a dílem potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 24. 6. 2013, č.j. ÚOHS-S661/2012/VZ-11729/2013/521/JHn (dále jako „prvostupňové rozhodnutí“). Podle tohoto rozhodnutí se žalobce, jakožto zadavatel, dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což mu byla podle § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona uložena pokuta ve výši 150 000 Kč.

Žalobce se dopustil správního deliktu jednak tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách, v návaznosti na § 78 odst. 4 a na § 6 téhož zákona, neboť v zadávací dokumentaci veřejné zakázky „PROJEKT REVITALIZACE CENTRA VZDĚLÁVÁNÍ ISŠTE SOKOLOV – PROVÁDĚNÍ STAVBY“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 22. 7. 2009 pod ev. č. 60034116 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 141-206047, stanovil způsob hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“ v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 30. 11. 2009 uzavřel smlouvu na tuto veřejnou zakázku (výrok I. prvostupňového rozhodnutí).

Žalobce se dále dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách i tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 44 odst. 3 písm. g) a v návaznosti na § 6 citovaného zákona, neboť v zadávací dokumentaci shora uvedené veřejné zakázky požadoval zajištění plnění závazků zhotovitele formou bankovní záruky vystavené tuzemským peněžním ústavem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 30. 11. 2009 uzavřel na tuto veřejnou zakázku smlouvu (výrok II. prvostupňového rozhodnutí).

Vzhledem k tomu, že žalobce uzavřel k této smlouvě na veřejnou zakázku i dodatky představující vícepráce, zahrnul správní orgán I. stupně s odkazem na zásadu *ex iniuria non oritur* (z bezpráví nemůže povstat právo) do celkové ceny zakázky i cenu těchto víceprací (a odečetl méněpráce). Pochybení při hlavní zakázce totiž došlo i k ovlivnění jednacích řízení bez uveřejnění zadaných na potřebné vícepráce.

Žalovaným provedená změna rozhodnutí správního orgánu I. stupně podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona, se týkala výroku I. a II. prvostupňového rozhodnutí, kde došlo k doplnění popisu skutku – konkretizaci jednání žalobce. U prvního správního deliktu bylo doplněno, že rozpor se zásadou transparentnosti spočíval v tom, že nebylo patrné, jakým způsobem bude zadavatel v daném dílčím kritériu nabídky hodnotit (výrok I.). V případě druhého správního deliktu bylo doplněno, že k porušení § 44 odst. 3 písm. g) zákona o veřejných zakázkách došlo při stanovení podmínek a požadavků na zpracování nabídky (výrok II.). V části týkající se uložené pokuty (výrok III. prvostupňového rozhodnutí) pak došlo k zamítnutí rozkladu a potvrzení prvostupňového rozhodnutí; tento výrok tak zůstal beze změny.

II. Obsah žaloby

Žalobce v úvodu své žaloby namítal nesrozumitelnost a nezákonnost jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí, kterým došlo současně ke změně prvostupňového rozhodnutí ve výrocích I. a II. a současně k zamítnutí rozkladu a potvrzení prvostupňového rozhodnutí co do výroku III. Nebylo mu jasné, jestli platí výrok uvedený v prvostupňovém nebo napadeném rozhodnutí. Změna rozhodnutí, kterou nebylo vyhověno jeho rozkladu a která byla k újmě žalobce, pak byla provedena, aniž by k ní dal žalobce souhlas, přičemž vycházela i z jiných důvodů než vycházel výrok prvostupňového rozhodnutí. Tímto procesním postupem byla žalobci odebrána možnost bránit se proti změně výroku ve správním řízení. Takové rozhodnutí předsedy žalovaného je v rozporu s ust. § 152 odst. 5 písm. a) a § 90 odst. 3 správního řádu. V této souvislosti žalobce rovněž upozornil na jiný případ, kdy žalovaný ze stejných důvodů nezměnil jako v napadeném rozhodnutí přezkoumávané rozhodnutí žalovaného, ale takové rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost zrušil a věc vrátil s doporučením na změnu výroku. Jednalo se konkrétně o rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 4. 2014, č.j. ÚOHS-R87/2013/VZ-7179/2013/310/PMa, které žalobce navrhl k důkazu. Takové nedůvodné rozdíly v postupu předsedy žalovaného v krátkém rozmezí 4 pracovních dnů považoval žalobce za porušení zásady legitimního očekávání.

V dalším žalobním bodu žalobce zpochybnil závěry žalovaného a jeho předsedy ohledně vymezení způsobu hodnocení nabídek podle dílčího hodnotícího kritéria č. 2 „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“. Podle žalobce byl způsob hodnocení nabídek popsán v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž blíže odkázal na svou argumentaci uvedenou v rozkladu. Dále rovněž odkázal na bod 4 Zápisu z jednání hodnotící komise VZ 60034116 založeného ve spise, ze kterého je patrné, jakým způsobem hodnotící komise nabídky hodnotila. I tento postup byl v souladu se zásadou transparentnosti. Žalobce zdůraznil, že během prohlídky místa plnění velice přesně vysvětlil možné problémy kolizí výstavby s provozem školy, tak aby si potenciální dodavatelé mohli vytvořit jasnou představu o možných kolizích, možných opatřeních a jejich efektivitě. Během prohlídky byly poskytnuty i veškeré potřebné ústní i vizuální informace, jak lze posuzovat efektivitu postupu a seznamu opatření v tomto případě. Zadávací dokumentace není jediným a výlučným zdrojem informací, dalším zdrojem je bezpochyby i prohlídka místa plnění. Informace poskytnuté během této prohlídky, jakož ani informace uvedené ve stavební dokumentaci, která byla součástí zadávací dokumentace, nevzal žalovaný vůbec do úvahy. Proto dospěl k nesprávnému závěru, že žalobce příkladmo nesdělil stanovená opatření, která měl v úmyslu v rámci dílčího hodnotícího kritéria hodnotit a že nekonkretizoval parametry, které žalobce považoval za nejefektivnější. Pokud žalovaný uvádí, že jako příklad opatření mohl žalobce uvést např. oddělení staveniště od budovy školy, pak staveniště bylo přímo v budově školy a nešlo jej tak oddělit. K prokázání svých tvrzení navrhl k důkazu fotodokumentaci pořízenou před, během a po výstavbě, důkaz ohledáním místa výstavby, výsledk ředitele žalobce a výsledk RNDr. S. H., účastníčího se prohlídky místa plnění za administrátora zakázky.

Žalobce nesouhlasil se závěry správních orgánů ani v případě druhého správního deliktu týkajícího se vymezení požadavků na bankovní záruku. Žalovaný se dle žalobce vůbec nezabýval tím, které subjekty jsou oprávněny poskytovat bankovní záruky na území České

republiky (dále jen „ČR“) ani tím, co lze přesně rozumět pod pojmem „tuzemský peněžní ústav“. Poskytování bankovních záruk je bankovní činností dle ust. § 1 odst. 3 písm. e) a § 5d písm. f) zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen jako „zákon o bankách“) Poskytovat tuto bankovní činnost tudíž nemůže jakýkoliv subjekt, ale pouze subjekt na základě oprávnění, které má na základě zákona o bankách. Nutnou podmínkou pro skrytou diskriminaci je alespoň teoretická možnost existence subjektu, který byl dle tehdy platné legislativy bankovní záruky oprávněn poskytovat a který nelze zahrnout pod pojem tuzemský peněžní ústav. Uvedené otázky však vůbec vypořádány nebyly, což činí napadeného rozhodnutí nepřezkoumatelným. Předpokladem spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je reálná existence alespoň jednoho subjektu, který byl dle tehdy platné legislativy bankovní záruky oprávněn poskytovat a který nelze zahrnout pod pojem tuzemský peněžní ústav. Skutečnou existenci takového subjektu obě přezkoumávaná rozhodnutí vůbec nezmiňují, rozhodnutí proto nejsou řádně odůvodněna a tudíž přezkoumatelná.

Pojem tuzemský peněžní ústav dle žalobce dříve definoval všechny peněžní instituce oprávněné poskytovat peněžní služby na území ČR. Žalobce odkázal na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14. 4. 2000 sp. zn. 21 Cdo 1774/99, publikovaný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, ročník 2001, sešit č. 1, pod č. R 4/2001, kde se uvádí: „... u tuzemského peněžního ústavu (tj. banky, pobočky zahraniční banky a spořitelního a úvěrního družstva)...“ Po vstupu do Evropské unie (dále jen „EU“) došlo na základě principu jednotné licence k rozšíření možnosti poskytování bankovních služeb v ČR ze strany úvěrových a finančních institucí majících sídlo v jiném členském státě EU. Bankovní činnosti lze poskytovat na základě pasportizace prostřednictvím pobočky nebo notifikace (ust. § 5f a § 5i zákona o bankách). Žalobce i hodnotící komise chápali pojem tuzemský peněžní ústav tak, že se jedná o všechny finanční instituce, které jsou oprávněny poskytovat bankovní služby na území ČR. Jestliže se žalovaný domníval, že měl žalobce umožnit poskytnutí záruky i ze strany bank anebo finančních, které nepodléhají zákonu o bankách, pak takové zajištění by pro něj mělo mnohem nižší sílu a vymahatelnost. Takové instituce nepodléhají doзору České národní banky případně jiné centrální banky nebo orgánu doзору jiného členského státu EU. Ke zvolenému omezení v souladu se zákonem o bankách měl žalobce objektivní důvod. Jako příklad lze uvést to, že na Barbadosu lze přes internet založit banku se základním kapitálem 50 000 USD. Takovým bankovním „zárukám“ chtěl zadavatel zamezit. Současně podle žalobce nedošlo k žádnému znevýhodnění potenciálních dodavatelů; k tomu odkázal na body 31 až 33 svého rozkladu.

Žalobce navíc podle svého tvrzení vynaložil veškeré úsilí, které bylo možné považovat, aby porušení právní povinnosti zabránil, a tedy v souladu s § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách za správní delikty neodpovídá. Svůj postup konzultoval s odborníky jmenovanými Karlovarským krajem, kteří jeho postup schválili. Stejně tak byl jeho postup konzultován a schvalován s pracovníky Regionální rady Regionu soudržnost, která byla poskytovatelem dotace. Vzhledem k chybějícímu odbornému zázemí se spolehl na dozor, doporučení a závazné pokyny zřizovatele a poskytovatele dotace. K důkazu navrhl výslech ředitele žalobce a rozhodnutí Rady Kraje, která by měla být založena ve spise.

Poslední žalobní bod se vztahoval ke stanovení výše pokuty z ceny, za kterou byla zakázka realizována, jež byla navýšena a snížena o následné vícepráce a méněpráce. Tyto byly nasmlouvány na základě samostatných veřejných zakázek. Celková cena, ze které žalovaný vycházel, byla oproti ceně předmětné zakázky vyšší. Žalobce přitom neviděl žádný důvod, proč by měl žalovaný při stanovení výše pokuty vycházet z ceny navýšené o cenu dalších zakázek, které jsou zakázkami samostatnými. Z díkce § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je zřejmé, že se vychází jenom z ceny zakázky, u které k porušení došlo. Argumentace zásadou „*ius ex iniuria non oritur*“ neobstojí. Podle žalobce nebyl pro uplatnění této zásady soukromého práva navíc v neprospěch žalobce žádný prostor. Žalovaný byl vázán zásadou legality (§ 2 odst. 2 správního řádu, čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod) a zásadou zákazu zneužití správního uvážení (§ 2 odst. 3 správního řádu). Tyto zásady je nutno vykládat restriktivně, zvláště v oblasti správního trestání, kde současně platí zásada žádný trest bez zákona (čl. 39 Listiny základních práv a svobod). Žalovaný nemohl vycházet ze skutečností, které mu zákon neumožňuje posuzovat, navíc, pokud je tento postup v neprospěch pachatele správního deliktu.

S ohledem na vše shora uvedené žalobce v závěru žaloby navrhl, aby krajský soud napadené rozhodnutí zrušil.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný nejprve stručně zrekapituloval procesní vývoj celé věci a k jednotlivým námitkám žalobce předně odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Konkrétně pak k těmto námitkám uvedl následující:

Smyslem změn výroků I. a II. prvostupňového rozhodnutí bylo pouze napravit formální nedokonalosti uvedených výroků a napomoci tomu, aby tyto výroky plně vyhověly požadavkům určitosti, jednoznačnosti a srozumitelnosti výrokové části správního rozhodnutí. Tyto změny, resp. konkretizace výroků byly pouze formální a neměly žádný vliv na zákonnost či přezkoumatelnost prvostupňového rozhodnutí ani na jeho věcné posouzení. Žalovaný nesouhlasil s názorem žalobce, že mu byla odebrána možnost bránit se proti změněnému výroku. V případě vrácení věci by sice následně vznikl žalobci nárok podat rozklad, nicméně správní orgán I. stupně by byl v dalším řízení vázán právním názorem uvedeným v napadeném rozhodnutí a o případném opravném prostředku by opět rozhodoval žalovaný. Žalobce navíc proti původnímu popisu skutku nic nenamítal, jakož ničeho nenamítal ani proti jeho změně v podané žalobě. Druhá instance by proto byla pouze formální a takový postup by mohl být v rozporu se zásadou ekonomie. Žalobce navíc mohl podat žalobu ve správním soudnictví. Odkaz žalobce na předchozí rozhodovací praxi žalovaného nelze přijmout. Žalobcem uvedený případ nedopadá na reálie nyní posuzované věci; jednotlivé případy je nutné posuzovat vždy podle jejich konkrétních okolností.

K námitkám vztahujícím se k vymezení dílčích hodnotících kritérií a k požadavkům na bankovní záruku žalovaný odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se k této problematice vyčerpávajícím způsobem vyjádřil. K možnosti liberace žalobce žalovaný uvedl, že odpovědnosti za zadávací řízení a jeho průběh nese výhradně zadavatel, který se své odpovědnosti nemůže zprostit odkazem na jiný subjekt, který by např. zakázku administroval

či nad ní vykonával dozor. Cena, ze které byla odvozena výše pokuty, pak byla dostatečně popsána a odůvodněna v bodech 61 a 62 napadeného rozhodnutí, na které žalovaný rovněž odkázal.

IV. Replika žalobce

Na vyjádření žalovaného reagoval žalobce svou replikou, ve které se předně podivil nad označením změn výroků napadeného rozhodnutí za pouze „formální“. Právě přesnost výroku je nutnou podmínkou přezkoumatelnosti. Ani formální změna výroku nedává žalovanému možnost rozhodovat jiným způsobem, než mu dává správní řád – tedy zamítnout rozklad a současně změnit rozhodnutí prvního stupně.

Žalovaný podle žalobce nerespektoval zásadu materiální pravdy, když neprozkoumal i skutečnosti sdělené uchazečům na prohlídce místa plnění a údaje ve stavební dokumentaci a ani když nezjistil, která zahraniční banka mohla poskytovat bankovní záruky dle zákona o bankách a příslušných předpisů evropského práva a za jakých podmínek. Bez takového zjištění nelze dojít k závěru, že bylo omezeno poskytnutí bankovní záruky zahraničními bankami.

Místo zásady „*žádný trest bez zákona*“ použil žalovaný zásadu soukromého práva „*ius ex iniuria non oritur*“. V neprospěch žalobce sečetl ceny všech zakázek, a to i těch, ve kterých k porušení zákona nedošlo, čímž byla uložena sankce navýšena. Žalovaný také zcela bezdůvodně překročil všechny lhůty, které mu dává správní řád a tuto skutečnost ani nezohlednil při ukládání výše pokuty. Skutečnost, že je žalovaný zahlcen nemůže být na újmu žalobci.

V. Průběh jednání ve věci

Jednání bylo – s ohledem na výslovný nesouhlas žalobce s rozhodnutím bez nařízení jednání dle § 51 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) – nařízeno na den 20. 6. 2016. V průběhu jednání krajský soud přistoupil k vymezení věci a následně žalobce vyzval k přednesení žaloby. Žalobce ústy svého nově ustanoveného právního zástupce JUDr. Mgr. S. H. v zásadě setrval na svých stanoviscích obsažených v žalobě, vč. závěrečného návrhu. Taktéž žalovaný ve svém přednesu vycházel ze svého vyjádření k žalobě a závěrů obsažených v napadeném rozhodnutí. Krajský soud dále vyzval k vyjádření i přítomného Mgr. P. J., ředitele žalobce. Ten zdůraznil, že zpracovávání zadávací dokumentace bylo vedeno potřebou co nejširších opatření pro ochranu žáků, se kterými nemohl mít žalobce žádné zkušenosti. Proto nechal tento návrh na samotných dodavatelích. Dodal také, že zadávací dokumentace byla konzultována a schvalována se zřizovatelem, Karlovarským krajem, na jehož odborné znalosti se žalobce – sám bez zkušeností s velkými zakázkami – spoléhal.

Při jednání žalobce setrval na důkazních návrzích obsažených již v žalobě. Krajský soud provedl ve smyslu § 77 s. ř. s. jako důkaz toliko rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 4. 2014, č. j. UOHS-R87/2013/VZ-7179/2013/310/Ma. Tímto rozhodnutím bylo dle ust. § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona zrušeno rozhodnutí

správního orgánu I. stupně ze dne 4. 3. 2013, č.j. ÚOHS-S762/2012/VZ-3982/2013/522/LKo, a to z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti. K tomuto závěru vedla žalovaného absence věcného a časového vymezení skutku ve výroku tohoto rozhodnutí. Ostatní důkazní návrhy žalobce byly zamítnuty – v podrobnostech viz bod VI. odůvodnění tohoto rozsudku.

VI. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal 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 offio), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného správního orgánu, přičemž dospěl k závěru, že **žaloba není důvodná**.

VI.a) Ke srozumitelnosti a přípustnosti změny výroku prvostupňového rozhodnutí

Žalobce v úvodu své žaloby namítal nesrozumitelnost a nezákonnost jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí. Krajský soud nejprve posuzoval tvrzenou nesrozumitelnost, a tedy nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí a následně zkoumal, zda byl postup předsedy žalovaného spočívající ve změně prvních dvou výroků prvostupňového rozhodnutí v souladu se zákonem.

Námítka nesrozumitelnosti je dle názoru krajského soudu bezpředmětná, neboť argumentace žalobce jde zcela mimo znění jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí. Výslovné zamítnutí rozkladu je uvedeno pouze ve výroku III. napadeného rozhodnutí, ve kterém byl potvrzen výrok III. prvostupňového rozhodnutí stanovující výši sankce. Tedy pouze ve vztahu k tomuto výroku byl rozklad žalobce zamítnut. Z jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí, zvláště ve spojení s jeho odůvodněním, je pak naprosto zřejmé, který výrok byl změněn (výroky I. a II. prvostupňového rozhodnutí), a který byl potvrzen (výrok III.). V žádném případě nedošlo k současnému zamítnutí rozkladu a změně prvostupňového rozhodnutí, jak tvrdí žalobce. Je potřeba rozlišovat, jak žalovaný přistoupil k jednotlivým výroky. Žalovaný totiž neměnil, respektive nepotvrzoval prvostupňové rozhodnutí jako celek, ale měnil (potvrzoval) jeho jednotlivé výroky. Jednotlivé výroky napadeného rozhodnutí jsou proto dle názoru krajského soudu zcela srozumitelné.

K namítané nezákonnosti pak uvádí krajský soud následující. Ust. § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu výslovně normuje, že: „*nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas*“. Z jazykového znění tohoto ustanovení je zřejmé, že pro přistoupení ke změně rozhodnutí prvního stupně musí být kumulativně splněny podmínky *plného vyhovění rozkladu a vyloučení vzniku újmy účastníkům*, případně musí všichni, jichž se to týká s takovou změnou vyslovit souhlas. Mezi stranami je nesporné a ostatně to vyplývá i z napadeného rozhodnutí, že ke změně rozhodnutí ve smyslu § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu došlo, aniž by bylo plně vyhověno rozkladu (žalobce požadoval zrušení rozhodnutí a zastavení řízení). Se změnou rozhodnutí pak žalobce ani nevyslovil souhlas.

Formálně nahlíženo, tak skutečně nebyly splněny podmínky stanovené v § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu. Provedená úprava výroků I. a II. prvostupňového rozhodnutí však dle krajského soudu nemohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Jednak proto, že fakticky ani nešlo o změnu rozhodnutí jako takovou, ale toliko o úpravu výroku, která neměla vliv na jeho podstatu. Citované ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu totiž primárně cílí na změnu podstaty rozhodnutí, například pokud by v posuzovaném případě došlo ke změně skutku, rozšíření jeho popisu apod. V projednávané věci ovšem došlo pouze ke konkretizaci způsobu jednání žalobce, nikoliv ke změně skutku či dokonce jeho právní kvalifikace. Jednalo se pořád o tentýž skutek, jehož popis byl toliko vycizelován, nikoli fakticky změněn či rozšířen. Postup předsedy žalovaného byl naopak v souladu se zásadou rychlosti a hospodárnosti (§ 6 správního řádu), jakož i povahou odvolacího (rozkladového) řízení. Odvolací řízení, jehož parametry obecně platí (pokud to nevylučuje povaha věci) i na řízení o rozkladu, je – z hlediska způsobu vyřízení věci – vystavěno na apelačním principu, který umožňuje odvolacímu orgánu rozhodnout o věci samé v případě, že shledal nedůslednost na straně správního orgánu I. stupně tak, jako tomu bylo v této věci.

Dle krajského soudu nemohla předmětnou změnou vzniknout žalobci ani jakákoliv újma, neboť nebylo rozhodnuto tak, že by došlo ke zhoršení postavení žalobce. To zůstalo stejné. Žalobce namítal, že byl postupem žalovaného připraven o možnost bránit se proti změně výroků rozhodnutí ve správním řízení. Provedenou změnu (koncretizaci) popisu skutku však věcně nijak nezpochyboval; dovolával se tak druhé instance pouze formálně, bez konkrétní věcné námítky. Jestliže by žalovaný prvostupňové rozhodnutí zrušil, vrátil by věc k novému projednání [§ 90 odst. 1 písm. b) ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu], které by vyústilo pouze v dílčí úpravu výroku. Správní orgán I. stupně by však byl v dalším řízení vázán právním názorem uvedeným v napadeném rozhodnutí a o případném opravném prostředku by opět rozhodoval žalovaný. Případná druhá instance by proto byla pouze formální, tím spíše, že se nejednalo o zásadní otázku ve věci, ale pouze o konkretizaci výroku rozhodnutí. Jestliže žalobce proti provedené úpravě po věcné stránce ve skutečnosti ničeho nenamítal ani v žalobě a pouze se formalisticky dovolával druhé instance, je potřeba takovou argumentaci odmítnout. Jak ostatně uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008 – 151, zásada dvojinstančnosti „... v praxi znamená, že řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu, a nikoliv, že každý závěr musí být vždy vysloven první instancí a následně a vždy aprobován instancí vyšší.“

Zrušit napadené rozhodnutí a trvat na vrácení věci správnímu orgánu I. stupně (žalovanému), se proto (i kdyby se skutečně o procesní vadu jednalo) jeví jako přehnaně formalistické a iracionální, a jak dříve uvedl Ústavní soud, právo je třeba respektovat jako racionální systém a v tomto duchu ho také uplatňovat; srov. nález ze dne 26. 10. 2006, sp. zn. I. ÚS 142/2006, publ. pod č. 195, sv. 43, str. 199 Sb. NU. Nadto, jak již uvedl zdejší soud v rozsudku pod č. j. 62 Af 50/2011 – 72, žalobce nebyl na svých právech nijak dotčen, když mu s. ř. s. umožňuje podat žalobu ve správním soudnictví (viz § 68 písm. a) s. ř. s.).

Jak navíc vyplývá z ustálené judikatury správních soudů, ke zrušení rozhodnutí nepostačuje jakákoliv procesní vada, ale pouze vada, která mohla mít vliv na zákonnost tohoto rozhodnutí (k tomu srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 6. 2003, čj. 6 A 12/2001 – 51, č. 23/2003 Sb. NSS a ze dne 18. 3. 2004, čj. 6 A 51/2001 – 30, č.

494/2005 Sb. NSS). „*Procesní pravidla neexistují samoúčelně, ale jejich cílem je poskytování ochrany hmotně právním vztahům, proto pouze pro porušení procesních předpisů, která mohou ovlivnit zákonnost rozhodnutí, lze napadené rozhodnutí správního orgánu zrušit.*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 2. 2007, č.j. 2 Afs 93/2006 – 75). Jelikož dospěl krajský soud k závěru, že tato případná procesní vada nemohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí – neměla žádný dopad do práv a postavení žalobce – posoudil tuto námitku jako nedůvodnou. Opačný závěr by nebyl ničím jiným než přepjatým právním formalismem.

Nedůvodná je i námitka odvolávající se na správní praxi žalovaného, podle které došlo v obdobné situaci v časovém rozmezí několika pracovních dnů ke zrušení rozhodnutí prvního stupně pro nepřezkoumatelnost a nikoli k pouhé změně prvostupňového rozhodnutí. Jednalo se o rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 4. 2014, č.j. ÚOHS-R87/2013/VZ-7179/2013/310/PMa, které žalobce navrhl k důkazu a krajský soud jej jako důkaz provedl. Po prostudování tohoto rozhodnutí však dospěl k závěru, že mezi tímto případem a případem posuzovaným nyní existují určité rozdíly. V nyní projednávané věci byly výroky posouzeny jako přezkoumatelné a ve druhém případě nikoli. Proto bylo nutné takové rozhodnutí ve druhém případě zrušit. Nepřezkoumatelnost v tomto druhém případě shledal žalovaný po stránce věcné i časové. Podle rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R87/2013/VZ-7179/2013/310/PMa žalovaný vůbec nevymezil, čím se zadavatel dopustil porušení zásady rovného zacházení a popisovaný skutek vůbec nevymezil ani časově, konkrétně pak neuvedl, kdy zadavatel posuzoval splnění kvalifikace v rozporu se zákonem, přičemž během zadávacího řízení proběhla celkem tři jednání, kdy byla kvalifikace uchazečů posuzována. Již z tohoto je zřejmé, že oba případy totožné nebyly, neboť časové vymezení skutku nebylo předsedou žalovaného vůbec zpochybněno. O porušení správní praxe tak nelze hovořit.

VI.b) K vymezení dílčích hodnotících kritérií

Ze správního spisu se podává, že v rámci obchodních podmínek v bodu 5.4. zadávací dokumentace nazvaném „*Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy*“ uvedl žalobce následující: „*Uchazeč uvede postup a seznam opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou s ohledem na prostředí školy a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Zadavatel při hodnocení daného kritéria zvýhodní nejefektivnější opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy bude jako součást nabídky přílohou Smlouvy o dílo a tedy bude pro uchazeče závazný.*“ Tento návrh postupu stanovil žalobce jako jedno z dílčích hodnotících kritérií a v bodu 7. zadávací dokumentace dále stanovil: „*Pro toto kritérium sestaví hodnotící komise pořadí nabídek od nejvhodnější k nejméně vhodné a přiřadí nejvhodnější nabídce 100 bodů a každé následující nabídce přiřadí takové bodové ohodnocení, které vyjadřuje míru splnění dílčího kritéria ve vztahu k nejvhodnější nabídce.*“

Ve shodě se žalovaným i krajský soud konstatuje, že způsob hodnocení nabídek podle jednotlivých hodnotících kritérií je podle § 44 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách obligatorní náležitostí zadávací dokumentace, které je základním podkladem pro zpracování nabídek, jakož i pro jejich následné posouzení a hodnocení. Proto je potřeba klást na určení hodnotících kritérií značný důraz. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 25. 3. 2009, č.j. 2 Afs 86/2008-222, který citoval i

žalovaný, uvedl, že „*zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrná, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky „soutěžit“*“. Rovněž jednotlivá dílčí kritéria a jejich hodnocení musí být natolik konkrétní, přesné a jednoznačné, aby se každému z uchazečů dostalo informací téhož materiálního obsahu a aby bylo následně zřetelně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách. 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.“ Zmínit lze například i rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 5. 2012, *Evropská komise proti Nizozemskému království*, C 368/10, bod 87, podle kterého „*dodržování zásad rovnosti, nediskriminace a transparentnosti vyžaduje, aby kritéria pro zadání zakázky byla objektivní, což zajišťuje, aby srovnání a vyhodnocení nabídek proběhlo objektivním způsobem, a tedy v podmínkách účinné hospodářské soutěže. Tak by tomu nebylo v případě kritérií, která by veřejnému zadavateli poskytovala neomezenou svobodu volby*“.

Ostatně i komentář v systému ASPI k § 44 zákona o veřejných zakázkách uvádí: „*Vzhledem k tomu, že dílčí hodnotící kritérium samo o sobě nemusí být vždy dostatečně určitým vodítkem pro dodavatele při zpracování nabídek, je vhodné v zájmu zvýšení transparentnosti zadávacího řízení stanovit, jaké parametry z jejich nabídek budou předmětem hodnocení, jaké nabídky budou zadavatelem hodnoceny jako výhodnější a jakým způsobem bude hodnocení provedeno. S ohledem na skutečnost, že Zákon nestanoví jednotnou metodu hodnocení nabídek, musí být způsob hodnocení nabídek popsán v zadávací dokumentaci natolik přesně a srozumitelně, aby si dodavatelé vytvořili jasnou představu o tom, jak budou jejich nabídky hodnoceny, a aby se mohli na počátku svých úvah i kvalifikovaně rozhodnout o své účasti v daném zadávacím řízení*“ (pozn. potvrzení doplněno krajským soudem).

Za situace, kdy žalobce stanovil způsob hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, bylo v souladu se shora uvedeným jeho povinností dostatečně vymezit dílčí hodnotící kritéria a způsob hodnocení nabídek podle těchto kritérií tak, aby hodnotící kritéria byla přehledná a umožňovala jednoznačné hodnocení nabídek. Jak již uvedl žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí, uchazeči, kteří se rozhodnou pro účast v soutěži o veřejnou zakázku, musí mít možnost ze zadávací dokumentace získat takové informace, aby byli reálně schopni předložit nabídky, které nejlépe odpovídají představám zadavatele.

Ze zadávací dokumentace žalobce však nelze jednoznačně dovodit, co vše si lze představit pod pojmem opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou a dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy, stejně jako si nelze učinit jasný obrázek, jak bude hodnocena efektivita těchto opatření. Žalobce zjevně nemohl v zadávací dokumentaci domyslet všechna možná opatření a zcela objektivní a kvantifikovatelný způsob jejich hodnocení, nicméně z hlediska zákonných požadavků na zadávací dokumentaci bylo žádoucí, aby možná opatření uvedl alespoň příkladmo. Ostatně ředitel žalobce dle zápisu z jednání hodnotící komise ze dne 23. 9. 2009 nabídky odborně okomentoval a vypíchl z hlediska zajištění řádné a bezpečné výuky několik důležitých bodů (oddělení stanoviště od budovy, zabezpečení vhodného vstupu do budovy, omezení hluku, koordinace stavby s vedením školy), které mohl jistě předpokládat již v zadávací dokumentaci.

Stejně tak měl žalobce vymezit, jakým způsobem bude hodnotit efektivitu navržených opatření, a to nejlépe vymezením dílčích subkritérií (parametrů) vypovídajících o efektivitě navrženého opatření. Těmito subkritérii mohla být např. právě míra omezení hluku a prachu, spolupráce s vedením školy, způsob oddělní staveniště apod. Je pochopitelné, že u kritérií, která nejsou kvantifikovatelná je zcela objektivní poměrování nabídek nemožné; vždy je v takovém případě nezbytný určitý volní aspekt a úvaha hodnotící komise. Hodnotící komise ovšem musí jednotlivé nabídky zhodnotit takovým způsobem, aby byla vyloučena jakákoliv libovůle a aby bylo možné toto hodnocení přezkoumat. Při svém hodnocení tedy musí být vedena jasně stanovenými vodítky a u každé jednotlivé nabídky a dílčího kritéria hodnotit stejné oblasti. Uchazeči před samotným podáním nabídek proto musí dostatečně jasně a konkrétně vědět, k jakým otázkám bude zadavatel při posuzování efektivit navržených opatření přihlížet. To se v posuzované věci nestalo, neboť žalobce v zadávací dokumentaci zcela obecně uvedl, že zvýhodní nejefektivnější opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. Co vše si lze pod těmito pojmy představit, resp. co si pod těmito pojmy představuje on sám, ovšem nevymezil ani příkladmo. Žalobce navíc přiznal, že předmětem hodnocení byly oblasti, které byly definovány až na základě nabídek uchazečů. Postup, kdy hodnocené oblasti zadavatel zvolí až na základě podaných nabídek, je ovšem dosti netransparentní neboť umožňuje zadavateli v podstatě neomezenou možnost výběru jednotlivých parametrů pro jejich hodnocení a přináší také nejistotu uchazečů při tvorbě těchto nabídek.

Argumentace prohlídkou místa plnění je pak z pohledu odpovědnosti za vytýkané jednání v podstatě irelevantní. Zásadní je, že způsob hodnocení nabídek musí obsahovat již zadávací dokumentace (srov. § 44 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách). Ve spojení s § 6 téhož zákona je zřejmé, že tento popis nemůže být pouze formální, ale musí případným uchazečům podat dostatečně transparentní a určitý popis způsobu hodnocení nabídek. To, jestli případně došlo k určité specifikaci tohoto hodnotícího kritéria v dalším průběhu zadávacího řízení (zejména při prohlídce místa plnění) na tomto závěru nic nemění, neboť žalobci bylo vytýkáno porušení povinnosti dle ust. § 44 odst. 3 písm. f) v návaznosti na § 6 zákona o veřejných zakázkách, které vymezuje náležitosti zadávací dokumentace. Proto krajský soud nepřistoupil ani k provedení důkazů vztahujících se k prohlídce místa plnění. Stejně tak bylo pro posouzení obsahu zadávací dokumentace nerozhodné, jak stavba vypadala před, v průběhu a po skončení stavebních prací. Proto krajský soud nepřistoupil ani k provedení důkazu fotodokumentací výstavby a ohledáním budovy školy.

Jestliže zadávací dokumentace neměla všechny povinné náležitosti, nelze absenci těchto náležitostí (a porušení zákona) omluvit následnou bližší specifikací při prohlídce místa plnění. Během prohlídky mohla být jistě popsána specifika daného místa a budovy, nicméně dílčí kritéria, resp. parametry postupu měly být vymezeny již v zadávací dokumentaci, včetně toho na základě čeho bude hodnoceno (dle zadávací dokumentace zvýhodněno) nejefektivnější řešení. Navíc ani bližší specifikace daného hodnotícího kritéria při prohlídce ještě nutně nemusela znamenat zajištění plné transparentnosti celé zakázky. Ze správního spisu (konkrétně ze zápisu z jednání hodnotící komise ze dne 23. 9. 2009) vyplývá, že ani prohlídka místa plnění pro vyjasnění této otázky zřejmě nestačila. Hodnotící komise totiž konstatovala, že v podstatě všechny návrhy postupu uchazečů byly zpracovány odlišným způsobem.

A pokud žalobce hovořil o určitém vymezení požadovaných opatření ve stavební dokumentaci, která byla součástí zadávací dokumentace, pak jako příloha zadávací dokumentace tato stavební dokumentace uvedena nebyla. A ani v bodu 5.4. zadávací dokumentace se neobjevuje žádný odkaz na přílohu či jiný dokument, kde by byla požadovaná opatření blíže specifikována.

Lze tedy uzavřít, že zadávací dokumentace neobsahovala dostatečně jasné a přesné vymezení dílčího hodnotícího kritéria spočívajícího v postupu a seznamu opatření, které minimalizují rizika spojená s výstavbou s ohledem na prostředí školy a také minimalizují dopad výstavby na řádný chod výuky a provoz školy. V důsledku toho nepochybně mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což je patrné již z toho, že jednotlivé nabídky i podle samotného zadavatele byly odlišné a v důsledku tedy i těžko porovnatelné. Vzhledem k tomu, že jedna z nabídek, která se umístila jako druhá v pořadí, obsahovala nižší nabídkou cenu, nelze vyloučit, že by v případě transparentního vymezení tohoto hodnotícího kritéria a způsobu jeho hodnocení, mohl výběr nabídek dopadnout jinak. Nehledě na to, že zvolené vymezení tohoto kritéria mohlo odradit další případné uchazeče k účasti v zadávacím řízení. Tato žalobní námitka je proto nedůvodná.

VI.c) K požadavku na předložení bankovní záruky

Žalobce namítal, že se žalovaný nijak nevypořádal s jeho argumentací týkající se subjektů oprávněných k poskytnutí bankovní záruky a nijak nespecifikoval jediný subjekt, který je oprávněn poskytovat záruky v České republice a současně není tuzemským peněžním ústavem. Tím, že za tuzemský peněžní ústav oprávněný k poskytování bankovní záruky považoval všechny subjekty, které jsou bez ohledu na zemi svého sídla oprávněny poskytovat bankovní činnosti podle zákona o bankách, se žalobce nemohl dopustit skryté diskriminace dodavatelů předmětné veřejné zakázky. Tato žalobní námitka však není důvodná.

Úprava dané problematiky je z hlediska zadávání veřejných zakázek zakotvena v § 67 zákona o veřejných zakázkách, kde je upraven institut jistoty. Dle ust. § 67 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách může zadavatel u veřejné zakázky požadovat jistotu formou složení peněžní částky na účet zadavatele nebo formou bankovní záruky či pojištění záruky. Blíže se zákon o veřejných zakázkách již bankovní zárukou nezabývá. Pouze v § 67 odst. 5 stanoví, že v případě, kdy je jistota poskytnuta formou bankovní záruky, uchazeč je povinen zajistit její platnost po celou dobu zadávací lhůty. Zadavatel je pak povinen uchovat kopii záruční listiny a originál záruční listiny vrátit uchazeči.

Z uvedeného je zřejmé, že samotný zákon o veřejných zakázkách spornou otázku nijak výslovně neupravuje. Bankovní záruka, jakožto významný zajišťovací institut soukromého práva byla v předmětné době upravena § 313 a násl. tehdy platného zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“). Podle § 313 odst. 1 obchodního zákoníku vznikala bankovní záruka písemným prohlášením banky v záruční listině, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dlužník) nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině. Vlastní definici pojmu banka, tedy osoby oprávněné

k poskytování bankovní záruky však neobsahoval ani obchodní zákoník. Pro nalezení vodítka, jakým způsobem vymezit pojem banka ve smyslu vystavovatele záruční listiny podle obchodního zákoníku, je proto potřeba nahlédnout do zákona o bankách, který definuje banku jako právnickou osobu se sídlem v České republice, založenou jako akciová společnost, která přijímá vklady od veřejnosti a poskytuje úvěry, a která má k výkonu uvedených činností bankovní licenci. Za banku oprávněnou k bankovní činnosti v České republice je však podle zákona o bankách nutno považovat i banku se sídlem v členském státě EU vykonávající svou činnost na území České republiky prostřednictvím pobočky nebo i bez pobočky na základě jednotné licence (§ 5c a násl. zákona o bankách). Zahraniční banky se sídlem mimo EU mohou v České republice působit pouze prostřednictvím pobočky na základě licence udělené ČNB.

Žalobce pojem banky (tuzemského peněžního ústavu) při posuzování nabídek vymezil obdobně, nicméně zcela pominul mezinárodní rozměr obchodních vztahů uskutečňovaných subjekty z různých států. Nikde totiž není vyloučeno, aby si zahraniční dodavatel sjednal v zahraničí bankovní záruku u „své“ (zahraniční) banky, která bude potvrzena bankou v zemi sídla kupujícího nebo jinou významnou bankou. V oblasti mezinárodního obchodu je zcela běžné, že bankovní záruku vystavuje banka se sídlem ve státě dodavatele zboží a na kupujícím je, za jakých podmínek takovouto záruku akceptuje. To, že banka není oprávněná k poskytování bankovní činnosti na území České republiky, neznamená, že nemůže v zahraničí vystavit bankovní záruku, potvrzenou bankou oprávněnou. Vystavení bankovní záruky v zahraničí ostatně řešil i obchodní zákoník, a to v § 762 odst. 1, ve kterém byl okruh subjektů oprávněných poskytnout bankovní záruku rozšířen i na jiné subjekty, které jsou oprávněny poskytovat záruky. Ve spojení s § 23 obchodního zákoníku, podle kterého se zahraniční osoby, které mají právo podnikat v zahraničí, pokládají za podnikatele podle obchodního zákoníku, lze dovodit, že za banku podle ustanovení o bankovní záruce zjevně mohla být považována i zahraniční banka.

Žalovaný vypořádal tuto rozkladovou námitku žalobce spíše obecněji, přesto je z jeho rozhodnutí zřejmé, že nemá pochyb o tom, že si zahraniční dodavatelé mohou nechat vystavit bankovní záruku v zahraničí, a tu pak nechat potvrdit bankou tuzemskou. Na tuto možnost upozorňoval žalovaný opakovaně. Z kontextu obou přezkoumávaných rozhodnutí pak vyplývá i to, že správní orgán I. stupně i žalovaný měli za samozřejmé, že bankovní záruka mohla být vystavenou velkým množstvím zahraničních bank, se kterými mohli potenciální dodavatelé spolupracovat. V případě, že by byla bankovní záruka potvrzena bankou tuzemskou, je okruh možných zahraničních bank prakticky neomezený.

Přestože byl tedy pojem tuzemského peněžního ústavu žalobcem vykládán široce, stejně vylučoval ty uchazeče, kteří by chtěli spolupracovat s bankou mimo EU (např. z USA) nebo s bankou se sídlem v EU, která ale nesplňuje podmínky jednotné licence nebo neučinila postup notifikace podle § 5i zákona o bankách. Žalobce přitom nepředložil jediný relevantní argument, proč by musela být bankovní záruka vystavena pouze v tuzemsku a tuzemskou bankou. Starost o bonitu ručící banky je nepochybně racionální, nicméně ta může být řešena již naznačeným požadavkem, aby byla bankovní záruka potvrzena bankou tuzemskou.

Přestože byl požadavek na bankovní záruku vystavenou tuzemskou bankou zdánlivě totožný pro všechny dodavatele, v důsledku ztížil přístup k zakázce pro zahraniční dodavatele, kteří nespolupracují s bankou oprávněnou k výkonu bankovní činnosti v České republice. Jak uvedl žalovaný, pro takovéto subjekty to znamená zhoršení postavení z důvodu neznalosti jazyka, právních předpisů, neznalosti prostředí, vyšších nákladů apod. V důsledku tak tento požadavek zhoršuje postavení jedné skupiny dodavatelů oproti dodavatelům jiným. Naplňuje tak koncept tzv. skryté diskriminace, neboť na základě formálně rovného, nicméně neodůvodněného požadavku na bankovní záruku vystavenou pouze tuzemskou bankou došlo k tomu, že některým potenciálním uchazečům byl v důsledku ztížen přístup k předmětné veřejné zakázce (ke konceptu tzv. skryté diskriminace viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č.j. 1 Afs 20/2008 – 152).

Pokud jde o navržené důkazy, shora řešena otázka byla otázkou právní. Nahlédnutí do seznamu vedeného Českou národní bankou, nebo dotaz ohledně banky BANCO ESPRITO SANTO, S.A. by vedl k prokázání skutečnosti, která nebyla sporná, tedy že tato banka neměla oprávnění k bankovní činnosti v České republice.

VI.d) Ke zproštění odpovědnosti za správní delikt

Odpovědnost žalobce podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je odpovědností objektivní, tj. odpovědností bez ohledu na zavinění pachatele. To samozřejmě neznamená, že by se této odpovědnosti nebylo možno vůbec zprostit (v tomto případě naplněním podmínek dle ust. § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), nicméně možnost liberace jako taková je institutem výjimečným, dopadajícím v podstatě jen na případy, kdy pachatel správního deliktu vyvinul veškeré možné úsilí, které lze po něm rozumně požadovat, aby překonal nebo odvrátil objektivní a zcela mimořádnou okolnost, která mu bránila ve splnění jeho povinnosti.

Odpovědnosti žalobce, jakožto zadavatele, za zadávací řízení podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se nelze zprostit pouhým odkazem na třetí osobu. Z hlediska odpovědnosti za správní delikt je naprosto nerozhodné, jestli se žalobce radil s pracovníky svého zřizovatele (Karlovarského kraje) nebo Regionální rady Regionu soudržnosti, stejně jako je například nerozhodné, že k administraci zakázky využil služeb jiné osoby. Proto soud neprováděl ani výslech ředitele školy (žalobce) Mgr. P. J., kterému dal ostatně prostor k vyjádření, ani rozhodnutí Rady Kraje.

Podle ust. § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách se může zadavatel při výkonu práv a povinností podle tohoto zákona souvisejících se zadávacím řízením nebo soutěží o návrh nechat zastoupit jinou osobou. Podle odstavce třetího však tímto není dotčena odpovědnost zadavatele za dodržování tohoto zákona. Jestliže se zadavatel odpovědnosti nemůže zprostit tím, že administraci zakázky svěří jiné osobě, tím spíše se jí nemůže zprostit v případě, že se pouze řídí radami třetí osoby. Odpovědnost zadavatele je již z povahy věci odpovědností takřka absolutní, které se lze zprostit jen ve zcela mimořádných případech (lze uvažovat například o válečném stavu apod.) Ostatně i komentář k § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách uvádí, že „(d)ůvody pro vyloučení odpovědnosti bude obtížné shledat například v případě správních deliktů zadavatele dle § 120 odst. 1 písm. a) nebo e), na druhou stranu si

lze představit existenci takových důvodů u jiných správních deliktů tohoto subjektu. Pokud tak např. dojde ke zničení dokumentace o veřejné zakázce z důvodů neležících na straně zadavatele, bylo by možné důvody pro vyloučení odpovědnosti dovodit. (Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011. Komentáře Wolters Kluwer ČR.).

Je pochopitelné, že zadávací řízení na takto velkou a složitou zakázku jako v nyní posuzované věci nemohlo být pro žalobce (běžnou střední školu) snadnou a bezproblémovou záležitostí, nicméně to nemůže znamenat, že jej pomoc či dozor jiných subjektů zproští odpovědnosti. Tuto skutečnost lze zohlednit při ukládání výše sankce nikoli z hlediska odpovědnosti žalobce. Rady, pomoc či dozor zřizovatelů nebo jinak „nadržovaných“ subjektů v oblasti zadávání veřejných zakázek jsou navíc natolik častou a obvyklou záležitostí, že nemohou představovat vynaložení veškeré možného úsilí žalobce, a tedy mimořádný důvod pro zproštění odpovědnosti zadavatele za zadávací řízení.

VI.e) Ke spojování zakázek

Zákon o veřejných zakázkách pro účely stanovení výše pokuty v § 120 odst. 2 písm. a) v předmětné době uváděl, že se za správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d) uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Výslovně tak neřeší případy, kdy je konečná cena zakázky ovlivněna dodatečnými vícepracemi a méněpracemi, a to zvláště, pokud byl dodatek původní smlouvy na vícepráce uzavřen na základě samostatného formalizovaného postupu jedním ze zadávacích řízení stanovených zákonem, které byly správním deliktem žalobcem ovlivněny jen zprostředkovaně; v jejich průběhu totiž ke spáchání správního deliktu nedošlo.

V nyní posuzovaném případě došlo na základě samostatných veřejných zakázek zadaných v jednacím řízení bez uveřejnění k uzavření dodatků ke smlouvě hlavní č. 5, 6 a 7. Je nezpochybnitelnou skutečností, že výše popsaná pochybení žalobce ve svém důsledku jistým způsobem dopadla i na další dílčí veřejné zakázky vedoucí k uzavření uvedených dodatků ke smlouvě hlavní. Původní dodavatel byl vybrán v zadávacím řízení zatíženém ne zcela transparentním a nediskriminačním postupem žalobce a v důsledku toho s ním bylo jednáno i v jednacích řízeních bez uveřejnění, na základě kterých došlo k uzavření dodatků ke smlouvě hlavní. Vícepráce jsou ale takové práce, které nebyly zadavatelem (žalobcem) v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku, byť s původní veřejnou zakázkou bezprostředně související. Tyto dílčí zakázky tak formálně byly zakázkami zcela samostatnými, přičemž v průběhu těchto dílčích zadávacích řízení k žádnému pochybení nedošlo. Není tak možné ceny těchto zakázek (formálně samostatných) přičítat k ceně zakázky „hlavní“, jak učinil správní orgán I. stupně a následně potvrdil žalovaný. Za situace, kdy zákon tuto situaci výslovně neřeší a kdy se nacházíme v oblasti správního trestání, je potřeba se přiklonit k výkladu příznivějšímu pro pachatele. To znamená, že není možné přičítat k ceně hlavní zakázky i ceny samostatných zakázek, byť se zakázkou hlavní bezprostředně souvisejících.

V této souvislosti je třeba zdůraznit, že k naplnění skutkové podstaty výše popsaných správních deliktů došlo již uzavřením smlouvy hlavní. Cena zakázky by se dle názoru

krajského soudu měla počítat právě z ceny uvedené v této smlouvě na veřejnou zakázku. Nehledě na to, že výše horní hranice pokuty odvíjející se od ceny zakázky musí být k určitému časovému okamžiku jasně a určitě stanovena. Není možné učinit výši horní hranice sankce závislou např. na rychlosti rozhodování žalovaného. Pokud by totiž došlo (byť je to nepravděpodobné) k vícepracem až po pravomocném rozhodnutí žalovaného, jejich cena by už do ceny celé (hlavní) zakázky rozhodné pro stanovení horní hranice pokuty promlouvat nemohla. To by vedlo k rozdílnému přístupu k zadavatelům, jejichž situace je fakticky obdobná.

Lze tedy souhlasit se žalobcem, že aplikace zásady *ius ex iniuria non oritur* (z bezprávi nemůže povstat právo) nebyla v souvislosti se stanovením ceny zakázky užitá případně. Současně však nelze pominout, že k ceně zakázky (380 316 443 Kč vč. DPH) byla přičtena hodnota víceprací (snížena o méněpráce) ve výši pouze 3 293 984 mil Kč vč. DPH. Horní hranice pokuty (5 % z celkové ceny zakázky) tak byla stanovena na 19 180 521 Kč místo 19 015 822 Kč. Vzhledem k tomu, že žalobci byla uložena pokuta ve výši 150 000 Kč, je na místě otázka, zda-li by mohl mít takto zanedbatelný rozdíl v případě částek ve výši 19 mil. Kč reálný vliv na samotnou výši pokuty. Ta přitom byla uložena na samé spodní hranici sazby, přičemž uvedená horní mez zjevně sloužila pouze jako formální hranice, ve které se správní orgán I. stupně pohyboval, fakticky k ní však ani nepřihlížel.

Přestože totiž správní orgán I. stupně zdůraznil zejména přitěžující okolnosti (netransparentní vymezení přímo hodnotícího kritéria, spáchání více správních deliktů), uložil pokutu v minimální výši. Byť sice nevyhodnotil typovou závažnost vytýkaného jednání jako nejvyšší (nejednalo se o úplnou ignoraci zákona, a proto nebylo odůvodněno ukládat pokutu u horní hranice sazby), je zřejmé, že reálný vliv horní hranice pokuty na jeho rozhodování byl nulový. To znamená, že i vliv popsaného pochybení spočívajícího ve sčítání cen jednotlivých zakázek je pouze iluzorní. Úvaha prvostupňového orgánu o stanovení výši pokuty byla natolik odtržená od horní hranice sazby (v zásadě ovlivněná spíše správní praxí žalovaného a zjevně i majetkovými poměry žalobce), že lze jen stěží dovozovat skutečný dopad nesprávně stanovené vyšší horní hranice sazby na výši uložené pokuty. Za této situace proto krajský soud nepřistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí, neboť takový postup by nebyl ničím než přílišným formalismem.

VII. Závěr a náklady řízení

Lze tedy uzavřít, že správní orgán I. stupně i žalovaný dostatečným způsobem odůvodnili, že se žalobce dopustil správních deliktů tím, že netransparentně vymezil dílčí hodnotící kritérium „Návrh postupu s cílem zamezení kolizí při průběhu výstavby s provozem školy“ včetně způsobu jeho hodnocení a stanovil diskriminační požadavky na peněžní ústav poskytující dodavatelům bankovní záruku. Vzhledem k tomu, že ani změna výroku prvostupňového rozhodnutí učiněná žalovaným ani pochybení při stanovení horní hranice sazby pro uložení pokuty nevedly k nezákonnosti napadeného rozhodnutí, krajský soud podanou žalobu podle § 78 odst. 7 s. ř. s. jako nedůvodnou zamítl.

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl 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. 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 účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní agendy nevznikly.

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 20. 6. 2016

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu