



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace**, se sídlem Sokolov, Chebská 282, zastoupený JUDr. Richardem Šenderou, advokátem, se sídlem Sokolov, K. H. Borovského 63, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2014, č.j. ÚOHS-R430/2013/VZ-24854/2014/323/RBu,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2014, č.j. ÚOHS-R430/2013/VZ-24854/2014/323/RBu, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovaný je **povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 15 342 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Richarda Šendery, advokáta, se sídlem Sokolov, K. H. Borovského 63.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2014, č.j. ÚOHS-R430/2013/VZ-24854/2014/323/RBu, kterým byl zamítnut rozklad žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.12.2013, č.j. ÚOHS-S114/2013/VZ-23767/2013/513/ZMr/RNi, a toto prvostupňové rozhodnutí potvrzeno.

I. Podstata věci

Žalobce coby zadavatel zadával v otevřeném zadávacím řízení veřejnou zakázku „Rekonstrukce silnice II/210 – průtah Kraslice“. Předmět veřejné zakázky byl vymezen jako rekonstrukce silnice II/210 - průtah Kraslice, vybudování podélných parkovacích pruhů, zálivů autobusové zastávky, přechodů pro chodce, úpravy osvětlení, vegetační úpravy, obnova VDZ a SDZ, obnova stávajícího systému odvodnění a rekonstrukce mostu ev. č. 210-036.

V rámci požadavků na prokázání splnění kvalifikace žalobce v bodu II.1.2. Oznámení o veřejné zakázce požadoval, aby uchazeč prokázal své technické kvalifikační předpoklady seznamem významných dodávek realizovaných v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění. V bodu 4.4.1 odst. a) části I. zadávací dokumentace pak žalobce požadoval ke splnění kvalifikačních předpokladů předložení seznamu minimálně dvou významných dodávek s celkovými náklady minimálně 30 mil Kč (za jednu zakázku) realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění.

Žalovaný vycházel z toho, že jde o veřejnou zakázku na stavební práce, a dospěl k závěru, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách („ZVZ“), tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, když v bodu 4.4 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku požadoval seznam stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem. Za to žalobci uložil pokutu ve výši 1 000 000 Kč.

Závěr o spáchání správního deliktu žalovaný vystavěl na konstrukci, podle níž požadoval-li žalobce doložení seznamu významných stavebních prací za období 3 let, postupoval v rozporu s § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, který stanoví období 5 let. Podle žalovaného „výrobní proces“ stavebních prací je zpravidla delší, než jaký je v případě veřejných zakázek na dodávky či služby, a proto je u veřejných zakázek na stavební práce delší období, za které je dodavatel oprávněn prokazovat splnění technických kvalifikačních předpokladů. Zadavatel (tu žalobce) podle žalovaného může zvolit

určitý způsob prokázání technických kvalifikačních předpokladů, nesmí tak však učinit přísněji než ZVZ. Žalobce omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínky zadavatele za období 5 let, což podle žalovaného mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by žalobce postupoval v souladu se ZVZ, mohl být okruh uchazečů širší a zadavatel mohl obdržet i výhodnější nabídky, než byla nabídka vybraného uchazeče.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce předně zpochybňuje, že by svým jednáním naplnil znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ; v řízení podle žalobce nebyla vyvrácena jeho argumentace ohledně nenaplnění těchto znaků a závěry žalovaného ohledně možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nebyly prokázány. Lhůtu 5 let pro předložení referencí o realizovaných stavebních pracích zkrátil žalobce na 3 roky neúmyslně, uchazeči se uvedeným zkrácením necítili být diskriminováni, zadávacího řízení se se svými nabídkami zúčastnil obvyklý počet uchazečů, lhůta 5 let je v oboru notorietou, kterou pochybení žalobce nemohlo zpochybnit, v zadávacím řízení žalobce nadto uznal i reference předkládané za období 5 let, nikoli pouze za roky 3. Žalovaný neopatřil žádný důkaz, z něhož by mohl dovodit, že někteří z dodavatelů byli od podání nabídek zkrácením uvedené lhůty odrazeni, žalovaný se ani nezabýval tím, zda ve skutečnosti mohl existovat dodavatel, který by byl schopen předložit reference za období 5 let a zároveň nikoli za období 3 let. Pak tedy žalovaný podle žalobce nemohl dospět k závěru o splnění znaku „podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“. Nedošlo tak k naplnění formální ani materiální stránky správního deliktu.

Dále žalobce argumentuje proti výši uložené pokuty. Žalobce jednak uvádí, že v minulosti za stejné pochybení byla jinému zadavateli uložena citelně nižší pokuta, stejně tak žalovaný v minulosti ukládal nižší pokuty v případech obdobných nyní posuzovanému i za mnohem závažnější jednání (vícečetná porušení ZVZ úmyslným jednáním). Žalovaný tedy nedostatečně zohlednil jím zmiňované polehčující okolnosti, nadto nesprávně posoudil otázku likvidačního charakteru pokuty.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení, případně uloženou pokutu snížit či od pokuty upustit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření plně setrval na závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí. Žalovaný jednotlivé žalobní argumenty vypořádává věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí, na toto rozhodnutí též odkazuje.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

O žalobě zdejší soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek uvedených v § 51 odst. 1 s.ř.s.

Pokud jde o znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (ve znění na věc použitelném), ty jsou následující:

1. zadavatel nedodržel postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky,
2. tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,
3. uzavřel smlouvu s uchazečem podle § 82 ZVZ.

Aby se žalobce správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ dopustil, musel by být všechny uvedené znaky splněny kumulativně.

Mezi žalobcem a žalovaným není sporu ohledně splnění znaků 1. a 3.; nesporné je tedy jak uzavření smlouvy v zadávacím řízení s vybraným uchazečem (ta byla uzavřena dne 1.6.2007), tak skutečnost, že žalobce mohl (není-li zpochybňováno ani to, že se v posuzované věci jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce) od dodavatelů (uchazečů) požadovat reference podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ za dobu pěti let zpětně, nikoli tří let zpětně (k této otázce již existuje konstantní rozhodovací praxe; rozsudky zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62 Af 18/2012 ze dne 18.4.2013 a ve věci sp. zn. 29 Af 80/2012 ze dne 26.6.2014, rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 7 Afs 44/2013 ze dne 7.11.2013), a pokud tak žalobce učinil, § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ tím porušil.

Sporu je mezi žalobcem a žalovaným ohledně splnění znaku 2., tj. alespoň možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Žalovaný ohledně naplnění tohoto znaku správního deliktu vyšel z toho, že žalobce omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínku žalobce za období 5 let, a proto mohlo podle žalovaného toto porušení ZVZ ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by žalobce postupoval v souladu se ZVZ, mohl být okruh uchazečů i širší a žalobce mohl obdržet i výhodnější nabídky, než byla nabídka vybraného uchazeče (bod 22. prvostupňového rozhodnutí).

K argumentu žalobce, že dvanáct podaných nabídek (jako tomu bylo v tomto zadávacím řízení) je standardním počtem, žalovaný uvedl, že tato skutečnost nemůže být jediným argumentem pro zpětnou obhajobu postupu žalobce, neboť nelze prokazatelně vyloučit, že v případě stanovení rozhodného období v souladu se ZVZ by nabídku podali i jiní dodavatelé, přičemž nelze spolehlivě vyloučit ani to, že některý z těchto dodavatelů by podal nabídku pro zadavatele výhodnější, než byla podána vybraným uchazečem (bod 23. prvostupňového rozhodnutí).

Ke skutečnosti, že šest zájemců o veřejnou zakázku, z nichž pět podalo nabídku, prostřednictvím prohlášení k zadávací dokumentaci uvedlo, že se necítí být diskriminováno chybně uvedeným údajem, se žalovaný vyjádřil v tom směru, že se jedná o dodavatele, kteří podali nabídku a zadávacího řízení se účastnili, a jednoho dodavatele, který si vyzvednul zadávací dokumentaci, avšak nabídku na základě vlastního uvážení nepodal, a tedy nejde o reprezentativní vzorek, neboť skupinu potenciálních zájemců, které mohlo žalobcem chybně stanovené období odradit od podání nabídky, tento vzorek nezasahuje (bod 24. prvostupňového rozhodnutí).

K argumentu žalobce, že předmět plnění veřejné zakázky je schopna provádět pouze specializovaná společnost, která práce, jež jsou předmětem plnění veřejné zakázky, provádí každoročně, žalovaný připustil, že předmět plnění je specifickým stavebním oborem, který vyžaduje speciální znalosti a dovednosti v oboru, je však dohadem, že by dodavatel, v jednom roce z pětiletého období, v rámci kterého je možno prokázat předmětný technický kvalifikační předpoklad, nerealizoval charakterem a rozsahem obdobnou zakázku, nebyl schopen nyní žalobcem požadované plnění realizovat (bod 25. prvostupňového rozhodnutí).

V napadeném rozhodnutí pak žalovaný k naplnění tohoto znaku správního deliktu argumentoval v tom směru, že úvahy obsažené v prvostupňovém rozhodnutí (sumarizovány shora) nelze považovat za spekulativní, založené na ničím nepodložených domněnkách, jak žalobce v rozkladu namítal, neboť v posuzované věci nelze vyloučit, že pokud by žalobce nezkrátil výše uvedenou lhůtu týkající se prokázání technických kvalifikačních předpokladů, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče (bod 39. napadeného rozhodnutí).

Ze shora uvedeného zdejšímu soudu plyne, že druhý ze tří znaků správního deliktu měl žalovaný za splněný hypotetickou možností, že nebýt omezení doby, z níž měly reference podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ pocházet, z pěti let na tři roky, mohli nabídku podat i ti dodavatelé, kteří ji nepodali (a kteří si ani nevyzvedli zadávací dokumentaci). Možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tedy žalovaný vztahuje k okruhu těch dodavatelů, kteří nabídku vůbec nepodali, nikoli

k těm, kteří ji podali (resp. v jednom případě k tomu dodavateli, který zřejmě zvažoval podání nabídky, když si vyzvedl u žalobce zadávací dokumentaci, a pak nabídku nepodal). Ve vztahu k této konstrukci tedy není namístě žalobcem argumentovat tak, že ti dodavatelé, kteří nabídku podali (resp. v jednom případě si dodavatel vyzvedl zadávací dokumentaci, ale nabídku nepodal), nesprávně stanoveným obdobím pro prokazování referencí žádnou diskriminaci nepociťovali, ani že žalobce i přes nesprávné stanovení období pro prokazování referencí (jako tříletého) k posuzování referencí nakonec přistupoval tak, jakoby toto období bylo stanoveno správně (jako pětileté v souladu s § 56 odst. 3 písm. a/ ZVZ). Může jít sice v širším kontextu o podpůrné argumenty směřem k minimalizaci následků porušení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, ani jeden z těchto argumentů však nevyvrací nosnou úvahu žalovaného, na níž je naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu vystavěno, a sice že nelze vyloučit, že pokud by žalobce nezkrátil výše uvedenou lhůtu týkající se prokázání technických kvalifikačních předpokladů, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče.

Pokud jde o právě uvedenou nosnou úvahu žalovaného, ani žalovaný v rámci ní netvrdí, že by jakýkoli průzkum trhu v rámci opatřování podkladu rozhodnutí uskutečňoval, popř. že by jakkoli jinak měl po skutkové stránce za prokázané, že takový dodavatel (který mohl podat nabídku, avšak z důvodu nesprávně stanoveného období pro prokazování referencí ji nepodal) vůbec existuje. Úvaha je založena na obecné – podle žalovaného ničím nevyloučené – možnosti, že takový dodavatel „může existovat“. Pak je tedy závěr žalovaného ohledně naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu vystavěn na skutkové domněnce ohledně existence dalších dodavatelů. Žalobce tuto konstrukci pokládá za nesprávnou.

ZVZ obsahuje řadu pravidel, kterými se zadavatel v zadávacím řízení musí řídit. Některá z nich přímo ovlivňují (omezují) okruh možných dodavatelů – a některá jsou dokonce přímo určena k tomu, aby okruh možných dodavatelů ovlivňovala (omezovala) tak, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze takoví dodavatelé, kteří jsou k jejímu plnění odborně a technicky (a podle na věc aplikovatelného znění ZVZ i ekonomicky) způsobilí. Pod taková pravidla je třeba řadit právě pravidla ohledně požadavků zadavatelů na prokazování splnění kvalifikace – a tedy i pravidlo podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ. Za situace, kdy jsou porušena pravidla ze své podstaty (i jejich samotného smyslu) ovlivňující (omezující) počet dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet, a kdy zároveň ze žádného podkladu rozhodnutí, jenž by procházel správním spisem, neplyne, že by předmětem veřejné zakázky byla vysoce specializovaná činnost, k níž by byl způsobilý velmi omezený a fakticky uzavřený počet dodavatelů, ohledně nichž by bylo pravděpodobné, že nabídky v zadávacím řízení také podali (a že tedy jiní dodavatelé způsobilí předmět veřejné zakázky plnit na trhu neexistují), pak naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu (tj. alespoň možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) se sice může

jevit jako pravděpodobné, bez dalšího však nemůže jít o znak prokázaný. Pokud by vždy měla pro naplnění druhého z uvedených tří znaků deliktu postačovat hypotéza, podle níž „může existovat“ dodavatel, který byl od podání nabídky odrazen postupem zadavatele vykazujícím znaky porušení ZVZ, pak by se zcela ztrácel rozdíl mezi porušením ZVZ (jež je prvním ze tří znaků správního deliktu) a jeho kvalifikovanou formou (jež je druhým ze tří znaků správního deliktu).

Absolutní přijetí takové konstrukce by znamenalo, že nejde o znaky dva, nýbrž jeden, toliko je třeba ke zjištěnému porušení ZVZ doplnit obecnou (a bez jakékoli skutkové opory vždy použitelnou) hypotézu, podle níž nelze vyloučit, že porušení ZVZ (a to přinejmenším kdykoli, kdy by porušení ZVZ jakkoli souviselo s obsahem zadávacích podmínek) mohlo způsobit, že některý z (pro podání nabídky teoreticky v úvahu přicházejících) dodavatelů nabídku nepodal. Takto však § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ konstruován není a takto nemohl být zamýšlen ani zákonodárcem; rozdíl mezi „pouhým“ porušením ZVZ a kvalifikovaným porušením, jež (po uzavření smlouvy) dosahuje takové míry závažnosti, že se již jedná o správní delikt, plyne i z toho, že pro splnění druhého ze tří znaků správního deliktu nepostačí možnost jakéhokoli ovlivnění, nýbrž ovlivnění podstatného.

Absolutní přijetí právě uvedené konstrukce by navíc znamenalo rezignaci na zkoumání nejen formální, nýbrž i materiální stránky správního deliktu; dostatečnou míru společenské nebezpečnosti konkrétního porušení ZVZ by totiž bylo možno v takovém případě shodně (jednotně) dovozovat pro jakékoli porušení ZVZ, a to přinejmenším tehdy, mohlo-li by se hypoteticky promítnout v přístupu dodavatelů k veřejné zakázce. Ustanovení, jež mají otevírat přístup dodavatelům do zadávacího řízení, je přitom v ZVZ řada a podpora hospodářské soutěže mezi dodavateli je ostatně samotným cílem ZVZ, pohledem něhož je zapotřebí jednotlivá pravidla plynoucí ze ZVZ interpretovat (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008).

Absolutní přijetí uvedené konstrukce by tak popíralo samotný smysl znaků správního deliktu, jak jsou v § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ uvedeny, na jejichž naplnění je teprve vázána možnost uložit pokutu (odlišně od „pouhého“ porušení ZVZ bez naplnění ostatních – zbylých dvou – znaků správního deliktu). Proto je jakékoli automatické přijetí konstrukce žalovaného založené na skutkové domněnce „určitě existujících“ jiných dodavatelů nepřijatelné.

Neobsahuje-li skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ právní domněnku, v jejímž důsledku by pro určité druhy porušení ZVZ mělo být automaticky dovozováno splnění některého z tam uvedených znaků, v důsledku čehož by rozsah dokazování (tu ohledně alespoň hypotetické možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) mohl být omezen, pak dovození všech znaků uvedeného

správního deliktu musí mít reálnou oporu ve skutkových zjištěních a splnění žádného z nich (tedy ani znaku alespoň hypotetické možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) nelze dovozovat výlučně na základě skutkových domněnek.

Zjednodušený (více mechanický) přístup ke druhému ze tří znaků správního deliktu, na jakém je nyní napadené rozhodnutí založeno, může mít své opodstatnění nejvýše tam, kde je zcela nepochybné, že skutečně existují dodavatelé, kteří byli schopni předmět veřejné zakázky realizovat, kteří v zadávacích řízeních s obdobným předmětem plnění zpravidla nabídky podávají a u nichž lze individualizovanou úvahou založenou na skutkových zjištěních dovozovat sice hypotetickou, přesto však konkretizovanou příčinnou souvislost mezi postupem zadavatele (kupř. porušujícím ZVZ v přísnosti požadavků na způsob prokazování kvalifikace, jak tomu bylo v nyní posuzované věci) a nepodáním nabídky, jež by mohla být hodnocena výhodněji než nabídky v zadávacím řízení podané; to by z povahy věci vliv na výběr nejvhodnější nabídky mělo.

Podobně zjednodušený přístup ve vztahu ke splnění druhého ze tří znaků uvedeného správního deliktu by také mohl být namístě v případech, kdy by celé řízení o správním deliktu bylo vedeno k podnětu dodavatele, který již v podnětu samotném argumentoval příčinnou souvislostí mezi konkrétním postupem zadavatele (v němž spatřuje porušení ZVZ) a nepodáním své nabídky (nepodání nabídky v důsledku postupu zadavatele by tedy bylo skutkově podloženo a hypotetická možnost podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky by se odvíjela od nemožnosti zpětně prokázat obsah nabídky, jež podána nebyla).

Podobně zjednodušený přístup ve vztahu ke splnění uvedeného znaku správního deliktu by též mohl obstát v takových případech, kdy pochybení zadavatele spočívalo v tom, že podle ZVZ vůbec nepostupoval, ačkoli takovou povinnost měl, přitom zadavatelova poptávka se týkala běžného plnění, jež na trhu dodává řada dodavatelů (kteří by nabídku v zadávacím řízení mohli podat); jestliže by totiž v rámci soutěže o získání veřejné zakázky nebyly podány nabídky (jak jejich podání předvídá ZVZ), pak žádné nabídky by nebyly hodnoceny (jak jejich hodnocení předvídá ZVZ) a vliv postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky by rovněž byl již z právě uvedeného dovoditelný.

Ve všech právě uvedených případech by totiž splnění druhého znaku uvedeného správního deliktu bylo založeno na skutkových zjištěních, v nichž by hypotéza možného podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky měla srozumitelnou oporu – a možnost podstatného ovlivnění okruhu účastníků zadávacího řízení, tím i hypoteticky výhodnějšího obsahu jejich nabídek a tím i jejich hodnocení, by byla nezpochybnitelná. Pouze v takových případech lze splnění druhého ze tří znaků správního deliktu dovozovat na základě přímočaré úvahy založené na předpokladu

existujících dodavatelů, kteří nabídky nepodali, aniž by bylo zapotřebí jejich existenci na trhu dále přesně zjišťovat, takové dodavatele identifikovat a kvantifikovat.

I v minulosti již byl právě pro takové případy, jak byly shora schematicky popsány, takto zjednodušený způsob prokazování splnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu aprobován; zdejší soud se s takovým postupem žalovaného ztotožnil kupř. v rozsudku ze dne 23.9.2009 ve věci sp. zn. 62 Ca 45/2007, kde zájemce nepodal nabídku v důsledku neposkytnutí zadávací dokumentace. Pokud zájemce požádal o poskytnutí zadávací dokumentace a ta mu z tohoto důvodu nebyla vydána a je-li pravděpodobné, že by zájemce v případě získání zadávací dokumentace podal nabídku, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se stala nabídkou vítěznou, mohlo pochybení zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu § 118 ZVZ (znak možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je v uvedeném ustanovení stejný jako v případě § 120 odst. 1 písm. a/ ZVZ).

V nyní posuzované věci je však situace jiná, neboť žalovaným dovozená hypotéza existence jiných dodavatelů, než kteří podali nabídky (a kteří je v důsledku postupu žalobce nepodali), není nezpochybnitelná a nadto žalobcem již v průběhu správního řízení zpochybňována byla. Žalobce ve správním řízení argumentoval mimo jiné tak, že sice ZVZ porušil, nikdo z dodavatelů však nebyl od podání nabídky odrazen, což stavěl po skutkové stránce do souvislosti jednak s tím, že nabídku v zadávacím řízení v nyní posuzované věci podal obdobný počet dodavatelů jako v jiných zadávacích řízeních, kde ve vztahu k referencím bylo stanoveno správné pětileté období, a nadto s tím, že předmět plnění v nyní posuzované věci vylučuje, aby dodavatel referencí disponoval v období pěti let zpětně a zároveň nikoli tří let zpětně (žalobce používá argument technickými důvody, materiálním a strojním vybavením atd.). Z toho žalobce dovozoval, že okruh dodavatelů podávajících nabídky se neliší od okruhu dodavatelů, kteří by nabídky podali při stanovení pětiletého období k prokazování referencí. Taková argumentace žalobce sice může působit odvážně, je-li jí však vyvrácena hypotetická možnost reálného vlivu na hodnocení nabídek (tím spíše, musí-li být dovození správního deliktu vystavěno na možnosti nikoli jakéhokoli, nýbrž podstatného ovlivnění hodnocení nabídek), musí být věcně vypořádána; věcným vypořádáním však není reakce žalovaného, jejíž podstatou je o nic neopřené přesvědčení žalovaného, že jednoduše může existovat dodavatel, který byl od podání nabídky odrazen (je-li podstatou obrany žalobce tvrzení opaku).

Za situace, kdy se žalovaný argumentem ohledně totožnosti okruhu dodavatelů podávajících nabídky ani argumentem ohledně takových specifik plnění, která mají vylučovat, aby dodavatel příslušnou referencí disponoval v období pěti let zpětně a zároveň nikoli tří let zpětně, nezabýval (ať už by se touto otázkou zabýval tak, že by žalobce ke konkretizaci jeho tvrzení vyzval a následně by dokazoval podle

konkrétních návrhů žalobce anebo by se sám situací na trhu k uvedenému argumentu žalobce zabýval, tj. dokazoval by i bez návrhů k otázce pro posouzení věci podstatné, a sice zda na trhu vůbec existoval dodavatel, který mohl nepodat nabídku pro nemožnost splnit nesprávně stanovené požadavky na prokázání splnění kvalifikace), a to i s přihlédnutím k tomu, že ze struktury nabídek je patrné zachování soutěžního prostředí (podáno dvanáct nabídek), nemá závěr žalovaného o tom, že porušení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ se ve vztahu k dodavatelům jakkoli reálně promítlo, žádnou oporu ve skutkových zjištěních. Pak není žádné opory ke konstatování, že nebyl porušení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, mohl by žalobce obdržet výhodnější nabídku, než byla nabídka vybraného uchazeče.

Ostatně zdejší soud již v minulosti v rozsudku ze dne 2.6.2014 ve věci sp. zn. 30 Af 55/2012 k obdobnému problému konstatoval, že pro dovození spáchání správního deliktu samotné nedodržení postupu podle ZVZ nestačí, ale je nezbytné, aby nastal též ZVZ předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem. Soud dovodil, že „...*Nejde tedy o jakékoli ovlivnění, nýbrž o ovlivnění podstatné, což žalovaný, resp. správní orgán I. stupně zmiňuje i ve výroku svého rozhodnutí. V odůvodnění však k tomu pouze stručně konstatuje, že v případě dodržení zákonem stanoveného postupu a úrovně kvalifikačního předpokladu žalobce: '... mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto nabídek byla ekonomicky výhodnější...'*. Skutečnost, že by žalobce svým postupem podstatně poškodil soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli ovšem nijak nerozvádí a naprosto tak pomíjí intenzitu dopadů, které jednání žalobce přisuzuje. Z odůvodnění není jasné, že by žalobce požadovaným limitem obratu vyloučil podstatnou většinu uchazečů; touto skutečností se žalovaný vůbec nezabýval, ačkoli ze spisu je patrné zachování solidního soutěžního prostředí (zadávací dokumentace byla vydána deseti subjektům a pět subjektů podalo nabídku)...“ (kasační stížnost proti rozsudku ze dne 2.6.2014 ve věci sp. zn. 30 Af 55/2012 byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 12.2.2015 ve věci sp. zn. 3 As 127/2014, byť k této otázce se kasační soud ve svém rozsudku nevyjadřoval).

Požadavek na žalovaného v tom směru, aby svůj závěr ohledně splnění druhého ze tří znaků správního deliktu opřel o dostatečný skutkový podklad, není požadavkem překvapivým a nepřiměřeným též proto, že v některých jiných případech dovození správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tak žalovaný bez problému činí; zdejší soud takový postup žalovaného (který spočíval v analýze situace na trhu z pohledu reálných dopadů porušení ZVZ) aproboval kupř. v rozsudku ze dne 9.10.2014 ve věci sp. zn. 62 Af 75/2013, Nejvyšší správní soud pak v rozsudku ze dne 3.9.2015 ve věci sp. zn. 3 As 212/2014.

Ze shora uvedeného plyne, že za prokázaný nelze považovat druhý ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, tj. alespoň způsobilost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky porušením § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, jež spočívalo ve zkrácení lhůty k prokázání seznamu stavebních prací provedených dodavatelem z pěti let na tři roky. Již z tohoto důvodu napadené rozhodnutí v otázce „viny“ nemůže obstát. Zdejší soud tedy již v této otázce pokládá žalobu za důvodnou. To vede k nutnosti napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušit a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení, v němž bude zapotřebí se řádně vypořádat s otázkou splnění druhého ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.

Za tohoto stavu se zdejší soud již nezabýval druhou částí žaloby, která zpochybňuje závěry žalovaného ohledně „trestu“, tj. uložené pokuty; za shora popsání stavu by se jednalo o úvahy výlučně akademické. Otázka zrušení prvostupňového rozhodnutí je nyní otázkou pro předsedu žalovaného ve fázi řízení o rozkladu; její zodpovězení bude zřejmě především záviset na úvaze předsedy žalovaného ohledně potřeby (a rozsahu) doplnění dokazování.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci proti žalovanému celkově procesně úspěšným, a proto právo na náhradu nákladů řízení náleží procesně úspěšnému žalobci proti žalovanému. Žalovaný toto právo proti žalobci nemá.

Žalobci byla přiznána náhrada nákladů za zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) společně se třemi úkony právní služby (převzetí věci a příprava zastoupení, podání žaloby a podání repliky) po 3 100 Kč společně se třemi režijními paušály po 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 13 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, společně s částkou odpovídající DPH, neboť zástupce žalobce prokázal, že je jejím plátcem. Celkově jde tedy na nákladech řízení o částku 3 000 Kč + 12 342 Kč = 15 342 Kč. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí).

Případne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 9. března 2016

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu