



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy senátu a soudce zpravodaje JUDr. Tomáše Langáška a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Lenky Matyášové v právní věci žalobce: **město Šumperk**, IČ 00303461, sídlem nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk, zastoupeného doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem, sídlem Obilní trh 6, 602 00 Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí žalovaného ze dne 2. října 2015, č. j. ÚOHS-R414/2014/VZ-31197/2015/323/RBu, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. února 2019 č. j. 30 Af 91/2015 - 107,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost žalobce **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalovaný vydal rozhodnutí pod č. j. ÚOHS-S607/2014/VZ-23896/2014/553/MKn ze dne 10. listopadu 2014 (dále jen „rozhodnutí o pokutě“), z něhož vyplývá, že se žalobce v pozici zadavatele dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění účinném v okamžiku zahájení zadávacího řízení. Za to mu žalovaný uložil pokutu ve výši 30 000 Kč. Delikt žalobce měl spočívat v tom, že při zadávání veřejné zakázky „Cyklostezka Šumperk – Dolní Studénky“

v otevřeném řízení nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Konkrétně došlo k tomu, že podle původního požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) citovaného zákona byli uchazeči povinni doložit nejméně tři 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. Dodatečnou informací č. 1 ze dne 15. května 2013 změnil žalobce zadání tak, že nově postačovalo, aby se uchazeči na výše specifikovaných referenčních stavbách podíleli pouze jako dodavatelé. Přitom však žalobce neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změn zadávacích podmínek činila celou původní délku lhůty pro podání nabídky. Podle žalovaného tato změna mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Na uvedenou veřejnou zakázku byla dne 1. července 2013 uzavřena smlouva o dílo se společností STRABAG a.s. Žalobcův rozklad proti rozhodnutí o pokutě zamítl předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví (dále jen „rozkladové rozhodnutí“).

[2] Krajský soud v Brně (dále též „krajský soud“) nejprve rozkladové rozhodnutí zrušil rozsudkem ze dne 22. listopadu 2017, č. j. 30 Af 91/2015 - 62 pro nepřezkoumatelnost. Vytkl žalovanému, že se nezabýval otázkou, jak mohlo předmětné jednání žalobce podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a že nevysvětlil, proč v jiných srovnatelných případech sankční řízení nezačal. Krajský soud dále uložil žalovanému, aby se v novém řízení důkladněji zabýval též otázkou překročení zákonné lhůty pro vydání rozhodnutí o uložení pokuty a aby napravil vadu řízení spočívající v tom, že neprovedl řádně důkaz rozpočtem žalobce za účelem posouzení, zda uložená pokuta nebude mít likvidační účinek.

[3] Na základě kasační stížnosti žalovaného rozhodoval ve věci Nejvyšší správní soud, který se v rozsudku ze dne 12. dubna 2018 č. j. 6 As 413/2017 - 39 s náhledem krajského soudu neztotožnil. Dospěl naopak k závěru, že jak v otázce ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tak v otázce legitimního očekávání byla vydaná správní rozhodnutí odůvodněna dostatečně (rozhodnutí o pokutě a rozkladové rozhodnutí tvoří z tohoto pohledu jeden celek). Nejvyšší správní soud nehodnotil, zda závěry žalovaného jsou přesvědčivé a logické, pouze odkázal na příslušné pasáže z odůvodnění obou rozhodnutí, přehledně je shrnul a označil úvahové postupy žalovaného za dostatečně podrobně a srozumitelně vyjádřené, tudíž krajskému soudu nic nebránilo v tom, aby je mohl přezkoumat a věcně zhodnotit. Vedle toho zavázal krajský soud, aby ve druhém kole soudního přezkumu též zvážil, zda vytýkané procesní vady spočívající v překročení zákonné lhůty pro vydání rozhodnutí o uložení pokuty a v nesprávném provedení důkazu rozpočtem žalobce dosáhly takové intenzity, aby mohly mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.

[4] Krajský soud následně ve věci rozhodl podruhé rozsudkem označeným v záhlaví, přičemž tentokrát žalobu jako nedůvodnou zamítl. Dospěl k závěru, že žalovaný přesvědčivě dovodil, že zde potenciálně mohl existovat dodavatel, který se předmětného zadávacího řízení nemohl či nestihl zúčastnit s ohledem na neprodloužení původně stanovené lhůty, přičemž již tato možnost sama o sobě postačuje k závěru o možném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Ohledně legitimního očekávání přijal jako dostatečné vysvětlení žalovaného o odlišných skutkových okolnostech, resp. řešených

pokračování

právních otázkách v případech, na něž poukazoval žalobce. Nadto ve shodě se zrušujícím rozsudkem Nejvyššího správního soudu konstatoval, že legitimní očekávání nemůže vyvěrat z pouhé nečinnosti veřejné správy při postihování deliktního jednání. Ohledně nedodržení lhůty pro vydání rozhodnutí krajský soud konstatoval, že její nedodržení nevyvolává ve vztahu k rozhodnutí vydanému ve správním řízení jakékoli přímé negativní následky (např. v podobě nezákonnosti rozhodnutí). Zároveň podrobně rozebral, proč v případě žalobce nebylo překročení lhůt natolik excesivní, aby se muselo projevit na výši sankce, která ostatně byla uložena při spodní hranici zákonného rozmezí. Konečně ohledně uložené sankce vyšel krajský soud z toho, že u pokuty ve výši 30 000 Kč nelze vůbec uvažovat, že by mohla u města hospodařícího s celkovými příjmy v řádech stovek milionů Kč za rok mít likvidační účinek, který zapovídá judikatura Ústavního soudu. Proto uzavřel, že dokazování rozpočtem žalobce bylo nadbytečné a že případné procesní pochybení při něm nemohlo mít na zákonnost výsledného rozhodnutí žádný vliv.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[5] Proti výše uvedenému rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále též „stěžovatel“) včas kasační stížnost. Podle stěžovatele posoudil krajský soud ústřední otázku případu nesprávně a formalisticky, totiž čistě jen z pohledu porušení zákona, aniž by přesvědčivě vysvětlil, jaký mohlo mít toto porušení vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Ve skutečnosti neměla provedená změna ve znění technické kvalifikace žádný vliv na okruh dodavatelů (nerozšířila jej). Pojmy generální dodavatel i dodavatel mají v praxi více významů a jsou navzájem zaměnitelné. Lze tak např. hovořit o generálním dodavateli celé stavby, generálním dodavateli části plnění, generálním dodavateli elektroizolace apod. Provedená změna měla tak spíše formální charakter a byla z hlediska kvality požadovaných referencí nadbytečná. Ostatně dodavatelé pochopili oba použité pojmy správně (v nejširším významu), o čemž svědčí mimo jiné to, že žádný z nich si na postup zadavatele žádnou formou nestěžoval a že stěžovatel obdržel celkem 11 nabídek, což podle jeho zkušenosti představuje velmi dobré konkurenční prostředí.

[6] Vedle toho stěžovatel zopakoval, že došlo k porušení zásady předvídatelnosti rozhodnutí, neboť v jiných případech řešených žalovaným docházelo formou dodatečných informací k mnohem větším změnám podmínek zadání ze strany zadavatelů, žalovaný měl tyto informace (podklady) k dispozici a ani v jednom případě nezahájil z tohoto důvodu správní řízení (správní spisy S 402/2013, S 768/2013, S 397/2011 a R 294/2012). S tímto argumentem se krajský soud podle něj vypořádal nedostatečně. Žalovaný měl dále porušit stěžovatelova procesní práva tím, že jej nevyrozuměl o provádění dokazování mimo ústní jednání v řízení o rozkladu. Šlo o důkaz rozpočtem žalobce uveřejněným na jeho webových stránkách. Podle stěžovatele se žalovaný také nezabýval okolnostmi vylučujícími protiprávnost správního deliktu (skutečnostmi zakládajícími krajní nouzi) a okolnostmi majícími vliv na výši pokuty, konkrétně dobou, která uplynula od spáchání deliktu do vydání rozkladového rozhodnutí. Na délce řízení se přitom podílely zejména správní orgány, které v obou případech výrazně překročily zákonnou lhůtu pro vydání rozhodnutí. Na závěr stěžovatel upozornil, že ačkoliv není uložena nijak vysoká,

konstatování o porušení zákona správními orgány povede ke krácení získané dotace, a tam již dochází k značné finanční újmě stěžovatele.

[7] Žalovaný se ke kasační stížnosti vyjádřil tak, že krajský soud postupoval v řízení správně a přezkoumatelně a správně posoudil právní otázky, proto by kasační stížnost měla být zamítnuta.

[8] Vyjádření žalovaného bylo žalobci zasláno na vědomí.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[9] Nejvyšší správní soud shledal, že podmínky řízení jsou splněny, a kasační stížnost vyhodnotil jako přípustnou. Nejvyšší správní soud poté kasační stížnost posoudil a dospěl k závěru, že není důvodná.

[10] Stěžovatel v kasační stížnosti v podstatě pouze zopakoval svou žalobní argumentaci, nepřesvědčen zřejmě způsobem, jakým se s ní vypořádal krajský soud. Na rozdíl od stěžovatele má Nejvyšší správní soud za to, že odůvodnění napadeného rozsudku odpovídá na jeho námitky po všech směrech dostatečně, proto se v následujícím textu omezí na stručné připomenutí klíčových argumentů.

[11] Na úvod Nejvyšší správní soud předesílá, že mezi stěžovatelem a žalovaným není nikterak sporné, že stěžovatel poté, co provedl změnu zadávacích podmínek, neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek, jak požadoval § 40 odst. 3 věta druhá zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění účinném v okamžiku zahájení zadávacího řízení. Spor se vede pouze o to, zda měl stěžovatel povinnost tak učinit, jelikož citované ustanovení vyžadovalo tento postup pouze v případě, že šlo o změnu, jež mohla rozšířit okruh možných dodavatelů. To podle stěžovatele splněno nebylo. Vedle toho je nutno připomenout, že pro potrestání za správní delikt vyžadovalo ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nejen nedodržení postupu stanoveného zákonem pro zadání veřejné zakázky a uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, ale i to, že zadavatel tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V nynějším sporu obě podmínky v podstatě splývají – neprodloužení lhůty pro podání nabídek v případě změny zadávacích podmínek, jež mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, zpravidla bude mít potenciál ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť větší počet možných dodavatelů nutně implikuje možnost, že mezi nimi mohl být takový, který by podal výhodnější nabídku než ti, kteří se reálně výběrového řízení zúčastnili. Snad jen zcela hypoteticky by bylo možno uvažovat o tom, že by porušení § 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách na výběr nejvhodnější nabídky vliv mít nemuselo, např. v případě, kdy by administrativním nedopatřením (omylem v počtech) byla lhůta prodloužena např. o 59 dnů namísto šedesáti. O takový spor se ale v nynějším případě nejedná (původní lhůta pro podání nabídek činila 26 dnů, lhůta pro podání nabídek od vydání dodatečné informace č. 1 činila 18 dnů). Pro výklad obou výše citovaných ustanovení tak bude podstatné to, zda stěžovatelem provedená změna zadávacích podmínek byla takového druhu, že mohla rozšířit okruh možných dodavatelů.

pokračování

[12] V tomto směru krajský soud již ve svém původním rozsudku přesvědčivě vysvětlil (a v napadeném rozsudku zopakoval), že „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 jež vedle vlastních dodávek zajišťují také subdodávky nižších dodavatelů a koordinují výstavbu všech dodavatelských subjektů. V praxi dodavatel v této pozici (generální dodavatel, vyšší dodavatel, hlavní dodavatel, prime dodavatel) také obvykle odpovídá za činnost dodavatelů nižších. Nelze proto vyloučit, že zmiňovanou úpravou zadávacích podmínek mohlo dojít k určitému rozšíření okruhu možných dodavatelů.“ Tyto úvahy přitom mají předobraz v bodech 38, 40 a 43 rozkladového rozhodnutí, jak Nejvyšší správní soud upozornil již ve svém předchozím rozsudku. Nejvyšší správní soud chápe rozdíl mezi pojmy „generální dodavatel“ a „dodavatel“ zcela stejně jako krajský soud. Náhled stěžovatele, že tyto pojmy jsou navzájem zaměnitelné, zůstal v rovině pouhého tvrzení nepodloženého žádnými argumenty ani důkazy. Nabízí se ostatně otázka, proč tedy vlastně stěžovatel k terminologické změně v zadávacích podmínkách přistoupil, když podle něj ve výsledku o žádnou změnu nešlo. Stěžovatel v tomto směru nenabízí žádné vysvětlení, jaké byly jeho motivace, resp. jaké důvody či úvahy (třeba i mylné) jej k tomuto kroku přiměly. Jeho nynější tvrzení, že šlo o krok nadbytečný, tak působí spíše účelově.

[13] Lze tedy shrnout, že jestliže původní zadávací podmínky požadovaly reference na činnost, kterou měli dodavatelé veřejné zakázky provádět v pozici generálního dodavatele, pak dodatečná informace tento požadavek „změkčila“, jestliže stanovila, že postačují reference na dodávky v pozici (jakéhokoliv, třebas i dílčího) dodavatele, resp. subdodavatele specifikovaných staveb. V souladu se smyslem a účelem ustanovení § 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách tudíž měl stěžovatel umožnit těm dodavatelům, kteří původnímu požadavku vyhovět nemohli, ale po úpravě pro ně byl splnitelný, aby připravili své nabídky ve stejném časovém horizontu, jaký dopřál dodavatelům, kteří splňovali již původní verzi zadávacích podmínek. Neobstojí ani argument stěžovatele, že obdržel celkem 11 nabídek, což podle jeho zkušenosti představuje velmi dobré konkurenční prostředí. Jak vysvětlil již žalovaný ve svém rozhodnutí a následně i krajský soud v napadeném rozsudku, nelze vyloučit, že stěžovatel svým nezákonným postupem znemožnil účast v soutěži potenciálnímu dodavateli, který novou verzi zadávacích podmínek již splňoval, nestihl však připravit nabídku (či se o to vzhledem ke zbývajícimu času ani nepokusil), a který by přitom mohl podat lepší nabídku než kterýkoliv z účastníků soutěže. Z dosavadní judikatury Nejvyššího správního soudu, obsáhle citované v napadeném rozsudku krajského soudu, přitom vyplývá, že ke spáchání deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže není u ohrožovací formy předmětného správního deliktu povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku, a to podstatným způsobem. Již ve svém prvním rozsudku (odstavec 17) Nejvyšší správní soud zdůraznil, že bude úkolem krajského soudu v dalším řízení se touto úvahou žalovaného zabývat, aniž by výsledek hodnocení krajského soudu předjímal. Krajský soud tak přezkoumatelně učinil a stěžovatel

v kasační stížnosti nevzněl žádné další argumenty, jimiž by odůvodnění rozsudku krajského soudu v této části relevantně zpochybnil. Nejvyšší správní soud se tak shoduje s krajským soudem, že těmto požadavkům žalovaný v daném případě dostal (srov. body 37 - 43 rozhodnutí o pokutě a body 42 - 43 rozkladového rozhodnutí).

[14] Ani to, že si žádný subjekt na průběh otevřeného zadávacího řízení nestěžoval, nevylučuje samo o sobě potenciální existenci takového dodavatele, který se řízení nezúčastnil z důvodu nedostatku času k přípravě nabídky. Existuje řada důvodů, proč určitá osoba nepodá podnět Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ačkoliv se průběhem zadávacího řízení cítí dotčena. Na prvním místě lze jmenovat (jakkoli iracionální) obavu ze zneprátení si zadavatele a snížení své šance na úspěch v dalších výběrových řízeních. Z neexistence stížností na prošetřovaný postup zadavatele tedy nelze žádné dalekosáhlé závěry vyvozovat.

[15] Pokud jde o další kasační námitky, stěžovatel zde neuvedl nic nového. Nejvyšší správní soud proto odkazuje ohledně jejich vypořádání na rozsudek krajského soudu, s jehož přesvědčivou argumentací se plně ztotožňuje. Na námitku porušení zásady předvídatelnosti rozhodnutí odpověděl krajský soud v bodech 36 - 38 napadeného rozsudku, na námitku chybějícího vyrozumění o provádění dokazování mimo ústní jednání v řízení o rozkladu reagoval v bodech 41 - 42, k otázce krajní nouze se vyslovil v bodě 44 a dobou, která uplynula od spáchání deliktu do vydání rozkladového rozhodnutí, se krajský soud dostatečně zabýval v bodě 40 napadeného rozsudku.

[16] Nejvyšší správní soud tedy uzavírá, že krajský soud zhodnotil věc správně. Z výše popsaných důvodů vyhodnotil Nejvyšší správní soud kasační stížnost proti napadenému rozsudku v souladu s § 110 odst. 1 větou druhou s. ř. s. jako nedůvodnou a zamítl ji.

IV. Náklady řízení

[17] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 60 odst. 1, 7 s. ř. s., ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ze zákona. Žalovaný měl ve věci úspěch, podle obsahu spisu mu však žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 31. května 2019

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu