



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jiřího Pally a soudkyň Mgr. et Mgr. Lenky Bahýřové, Ph.D. a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **Vysoké učení technické v Brně**, sídlem Antonínská 548/1, Brno, zast. Mgr. Janem Tejkalem, advokátem, sídlem Helfertova 2040/13, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 8. 2016, č. j. ÚOHS-R0139/2016/VZ-35678/2016/322/KBe, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 30 Af 105/2016 - 68,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í:

I. Předmět řízení a jeho předcházející průběh

[1] Předseda žalovaného v záhlaví označeným rozhodnutím (dále též jen „rozhodnutí žalovaného“) rozhodl o rozkladu žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 4. 2016, č. j. ÚOHS-S0112/2016/VZ-18309/2016/541/PDz (dále též jen „rozhodnutí správního orgánu prvního stupně“) tak, že rozhodnutí správního orgánu prvního stupně potvrdil a rozklad žalobce zamítl. Podle rozhodnutí správního orgánu prvního stupně se žalobce jako zadavatel dopustil dvou správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což mu byla podle § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona uložena pokuta ve výši 100.000 Kč.

[2] Žalobce byl zadavatelem veřejné zakázky „Dodávka vybavení stacionární analytické laboratoře technologií městského inženýrství“ v otevřeném zadávacím řízení. Předmětem plnění této veřejné zakázky byla dle bodu 2.1 „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace „*dodávka veškerého laboratorního vybavení pro tři laboratoře technologií*“

městského inženýrství, včetně instalace nábytku a příslušenství tak, aby celek tvořily tři zcela vybavené analytické laboratoře v rozsahu a souladu se zadávacími podmínkami“. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na částku 5.150.000 Kč. Žalobce dne 13. 10. 2014 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a dne 11. 12. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.

[3] Podle rozhodnutí správního orgánu prvního stupně se žalobce dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dodávka vybavení stacionární analytické laboratoře technologií městského inženýrství“ v otevřeném řízení nedodržel zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 1 téhož zákona, když v rámci předmětu plnění uvedené veřejné zakázky poptával vedle plnění spočívajícího v dodávce laboratorního příslušenství současně i plnění spočívající v dodávce laboratorních přístrojů vymezené v příloze č. 2 „Podrobné technické specifikace jednotlivých parametrů dodávky vybavení stacionární analytické laboratoře technologií městského inženýrství“ zadávací dokumentace položkami: „Chladnička pro uchovávání vzorků“, „Chladnička pro laboratorní účely kombinovaná s mrazničkou“, „Odtahový box“, „Laboratorní sušárna“, „Mycí a dezinfekční automat vč. zdroje tlakové demi vody“, „Laboratorní digestoř“, „Spektrofotometr VIS“, „Analyzátor rozpuštěného organického uhlíku (toc) a dusíku (tn) ve vodách a v pevných vzorcích“, „Skleněný destilační přístroj“, „Analytické váhy“, „Systém na úpravu ultračisté vody“, „Souprava pro kontrolní měření BSK“, „Souprava pro stanovení množství bioplynu“, „Řídící jednotka spektrometru“, „Laboratorní víceparametrový měřicí přístroj“, „Termoreaktor pro stanovení CHSK“ a „Mikroskop pro potřeby hydrobiologie“; a plnění spočívající v dodávce laboratorního nábytku vymezené v příloze č. 2 „Podrobné technické specifikace jednotlivých parametrů dodávky vybavení stacionární analytické laboratoře technologií městského inženýrství“ zadávací dokumentace položkami: „Úložná skříň“, „Laboratorní stůl s prostorem pro myčku“, „Jednostranný laboratorní stůl s výlevkou“, „Laboratorní stůl“, „Pracovní židle“, „Oboustranný laboratorní stůl s výlevkou“ a „Stůl váhový“. Tímto žalobce vymezil předmět plnění příliš široce a diskriminoval tak dodavatele, kteří by mohli zajistit dodávku pouze některé z výše uvedených skupin zboží, avšak nikoli dodávku všech výše uvedených skupin zboží, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel dne 11. 12. 2014 smlouvu s vybraným uchazečem (výrok I.). Dále se žalobce měl dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 47, v návaznosti na § 6 odst. 1 téhož zákona, když v bodě II.1.6) „Společný slovník pro veřejné zakázky (CPV)“ oznámení o zakázce klasifikoval dodávku, jež byla předmětem plnění veřejné zakázky, podle referenční klasifikace kódem č. 39180000-7 – Laboratorní nábytek, přestože tento kód neodpovídal celkovému rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a žalobce uzavřel dne 11. 12. 2014 smlouvu s vybraným uchazečem (výrok II.).

[4] Krajský soud v Brně v záhlaví označeným rozsudkem (dále též jen „napadený rozsudek“) zamítl žalobu žalobce jako nedůvodnou. Ve vztahu k žalobním námitkám týkajícím se nedostatečného posouzení předmětu veřejné zakázky a relevantního trhu ze strany žalovaného krajský soud potvrdil závěr žalovaného, že v důsledku příliš široce vymezeného předmětu veřejné zakázky mohlo podat nabídku méně dodavatelů než

pokračování

v situaci, kdy by byla jednotlivá plnění poptávána samostatně. Ve vztahu k námitkám směřujícím proti výroku II. rozhodnutí správního orgánu prvního stupně pak krajský soud rovněž přisvědčil závěrům žalovaného, že povinností žalobce bylo označit předmětnou zakázku příznačným CVP kódem, který by odpovídal celkovému rozsahu plnění.

II. Obsah kasační stížnosti

[5] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) v kasační stížnosti navrhl, aby byl napadený rozsudek zrušen a věc byla krajskému soudu vrácena k dalšímu řízení. V kasační stížnosti uplatnil stížní důvody vymezené v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

[6] Stěžovatel předně uvedl, že zákon neukládá zadavatelům povinnost dělit veřejné zakázky, ani neuvádí postup, jakým by měl zadavatel určit vhodnost rozdělení či nerozdělení veřejné zakázky na části, resp. jakým způsobem by měl určit, zda veřejnou zakázku zadat prostřednictvím více samostatných zadávacích řízení. Zákon v § 98 odst. 1 zadavatelům toliko poskytuje možnost veřejnou zakázku rozdělit na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky. Z takto upravené možnosti zadavatele veřejnou zakázku rozdělit na části však nelze dovozovat žádnou povinnost. Stěžovatel tak považuje požadavek žalovaného na rozdělení zakázky na části za rozporný s čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“). Jakkoli si je stěžovatel vědom judikatury k této problematice (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010 – 135), nesouhlasí s tím, že by se dopustil porušení zásady (skryté) diskriminace.

[7] Přestože stěžovatel nepopírá skutečnost, že někteří z dodavatelů skutečně nemuseli disponovat takovými prostředky, aby byli schopni účastnit se zadávacího řízení, nelze generalizovat, že svým postupem vyloučil ze zadávacího řízení podstatnou část trhu. Stěžovatel trvá na svém názoru, že předmět veřejné zakázky tvoří funkční celek, který mohl zcela legitimně zadat v rámci jedné veřejné zakázky nerozdělené na části, a že by vyloučil některé z dodavatelů stanovením předmětu plnění, nedopustil se tím porušení zásady zákazu diskriminace při zadávání veřejné zakázky. Je zcela běžným postupem, že v rámci zadávacích podmínek jsou nastavena taková kritéria, jež nemohou naplnit všichni dodavatelé, a to z pohledu předmětu plnění nebo podmínek požadované kvalifikace. Jedná se o zcela zákonný postup, jímž zadavatelé vylučují část trhu ze zadávacího řízení, a to za účelem naplnění svých požadavků a potřeb. Pokud tedy stěžovatel v zadávacích podmínkách vymezil předmět plnění, který nebyli schopni dodat všichni dodavatelé dodávající jakékoli vybavení laboratoří, nelze to považovat za porušení zásady zákazu diskriminace. Stěžovatel nastavil takováto kritéria, aby byl co nejvíce naplněn účel zadávané veřejné zakázky, čímž bylo dodání veškerého vybavení do tří laboratoří tzv. „na klíč“.

[8] V této souvislosti stěžovatel odkázal na stanovisko ministerstva vnitra¹, z něhož citoval mj. obecný závěr, že *„při vymezení jediné veřejné zakázky je třeba vždy přihlídnout k souvislostem věcným, geografickým nebo časovým a popřípadě skutečnosti, že předmět plnění veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek (např. sportovní areál, technologické centrum), a to ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce.“* Stěžovatel má za to, že vybavení laboratoře by mělo

¹ Ministerstvo vnitra České republiky. Nejčastěji kladené dotazy k veřejným zakázkám IOP [online]. Dostupné z: www.osf-mvcr.cz/file/3376_1_1 [cit. 11.12.2018].

být posuzováno shodně jako např. vybavení sportovního areálu nebo technologického centra, tedy že se jedná o funkční celek, který je tvořen několika na první pohled odlišnými součástmi, nicméně ty ve svém souhrnu tvoří komplexní celek, který jako takový plní svůj konkrétní účel, tj. laboratoř. Na takto existující funkční celek poptávaný v rámci veřejné zakázky je třeba nahlížet tak, že není nutno poptávat jej odděleně v rámci více veřejných zakázek nebo ve veřejné zakázce rozdělené na části, ale společně v rámci jedné, na části nerozdělené, veřejné zakázky (k tomu viz též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 10. 2010, č. j. 2 Afs 55/2010 - 173).

[9] Při zadání veřejné zakázky je třeba zkoumat věcnou, časovou a místní souvislost, přičemž v předmětném sporu jsou všechny tyto souvislosti naplněny, neboť stěžovatel v rámci jedné veřejné zakázky požadoval dodání takových položek, které kompletně vybaví tři laboratorní místnosti. Požadavek věcné souvislosti je naplněn s ohledem na to, že stěžovatel nepoptával od sebe odlišné plnění ve smyslu účelu, tj. požadoval vybavení laboratoře. Místní a časová souvislost plnění pak spočívá v tom, že stěžovatel požadoval plnění v rámci jedné budovy, a to současně, zejm. s ohledem na své vlastní potřeby. K tomu stěžovatel dále citoval z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2007, sp. zn. 2 Afs 198/2006, a zdůraznil zejména technologickou návaznost a skutečnost, že požadované plnění tvoří z ekonomického a technického hlediska funkční celek (viz rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 5. 10. 2000 ve věci C-16/98, ze dne 14. 11. 2002 ve věci C-411/00 a ze dne 27. 10. 2005 ve spojených věcech C-187/04 a C-188/04).

[10] Jak vyplývá z rozhodovací praxe žalovaného i soudů, zadavatel nejlépe ví, co má být předmětem veřejné zakázky a jaký účel má veřejná zakázka splnit (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 1. 11. 2012, č. j. 62 Af 57/2011 – 96). Podle stěžovatele mají být zadávací podmínky nastaveny tak, aby korespondovaly s potřebami zadavatele a účelem veřejné zakázky (§ 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), nikoli aby byly co nejpríznivější pro co možná nejširší okruh dodavatelů. Pokud by stěžovatel vycházel z toho, že předmět veřejné zakázky byl v zadávací dokumentaci stanoven příliš široce a že veřejná zakázka měla být rozdělena na části tak, aby nebyli vyloučeni dodavatelé, kteří poskytují toliko část požadovaného předmětu veřejné zakázky, musel by rozdělit veřejnou zakázku na několik desítek částí (22 částí, které blíže specifikoval, resp. při úvahách *ad absurdum* až 73 částí), neboť ne každý dodavatel je ochoten sám zajistit jejich komplexní dodání. Tato situace ovšem dostává stěžovatele do absurdního postavení, neboť aby vyhověl co největšímu množství subjektů působících na trhu s laboratorním vybavením, musel by jednotlivé přístroje poptávat samostatně, aby vyhověl všem těmto subjektům a zajistil jim účast v zadávacím řízení. Tím by se však stěžovatel jako zadavatel vystavoval riziku, že nabídku nepodá žádný dodavatel, neboť podání nabídky pouze do jedné části veřejné zakázky by nemusela být pro dodavatele lukrativní, resp. z opačného pohledu by se jednalo pro dodavatele o nepřiměřenou administrativní zátěž.

[11] Závěrem krajského soudu i žalovaného bylo, že stěžovatel neměl mj. společně poptávat laboratorní nábytek, který je schopen zhotovit širší okruh dodavatelů, a laboratorní přístroje, jejichž dodání je schopno zajistit méně dodavatelů. Stěžovatel upozornil na skutečnost, že laboratorní nábytek nelze generalizovat jakožto standardní spotřební nábytek, který je schopen dodat kterýkoli dodavatel poskytující nábytek. Jedná se o specializovaný typ zboží, a proto jej stěžovatel poptával společně s ostatním laboratorním vybavením, aby byl naplněn účel veřejné zakázky. Z hlediska potřeb

pokračování

stěžovatele bylo podstatné, aby veškeré plnění bylo dodáno kompatibilně a vcelku. Tato kompatibilita (byť ji stěžovatel výslovně nespécifikoval v zadávací dokumentaci – s ohledem na předchozí objektivní nemožnost znalosti některých technických parametrů) vyplývá zcela očividně z charakteru jednotlivých požadovaných položek (např. poptával-li stěžovatel „Laboratorní stůl s prostorem pro myčku“ a „Mycí a dezinfekční automat vč. zdroje tlakové demi vody“).

[12] Zadávací podmínky nebyly stanoveny tak, že by bránily dodavatelům v účasti v zadávacím řízení, ale pouze jej pro některé dodavatele činily „méně atraktivním“, čímž se však nedopustil (skryté) diskriminace; nebránil totiž v účasti značnému množství dodavatelů, tj. nevyloučil podstatnou část trhu. Jen takové zjištění by mohlo vést k závěru o splnění podmínky pro uložení pokuty podle § 120 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, což se však nestalo. Žalovaný ani krajský soud neodůvodnili, zda k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně mohlo dojít, a zda tedy stěžovatel naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. V tomto ohledu nebyl ze strany správního orgánu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 12. 2010, sp. zn. 4 Ads 44/2010).

[13] Výklad žalovaného a krajského soudu směřuje podle stěžovatele k tomu, že porušení zákona o veřejných zakázkách samo o sobě může ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jen ze závěru o porušení zákona je vyvozován závěr o možnosti podstatného ovlivnění nejvhodnější nabídky. Takový postup je podle stěžovatele v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, se zásadami správního trestání (zásada materiální pravdy, zásada vyhledávací či pravidlo *in dubio pro reo*) i správního řízení obecně, neboť jeho důsledkem je extenzivní výklad § 120 odst. 1 písm. a) zákona v neprospěch stěžovatele (obviněného ve smyslu čl. 7 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod). Ve správním řízení nebylo dostatečně zjišťováno, zda tvrzené porušení zákona o veřejných zakázkách mohlo skutečně podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tj. zda je tato možnost reálná a za běžného chodu věcí do značné míry předpokládatelná.

[14] Stěžovatel dále poukázal na zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který upřednostňuje (v souladu se shora odkazovanou judikaturou Soudního dvora EU) hledisko funkčního celku před souvislostí věcnou, což je oproti zákonu o veřejných zakázkách jednoznačný posun. V této souvislosti stěžovatel upozornil na to, že žalovaný, resp. krajský soud, měl přihlédnout k pozdější právní úpravě, je-li tato úprava ve prospěch stěžovatele (viz čl. 40 odst. 6 Listiny), a tuto námitku podpořil rozsáhlou citací judikatury (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2005, sp. zn. 3 As 57/2004, ze dne 13. 6. 2008, sp. zn. 2 As 9/2008, ze dne 9. 8. 2012, sp. zn. 9 As 34/2012, a zejména ze dne 21. 3. 2012, sp. zn. 5 Afs 68/2011, jakož i související rozsudky z oblasti trestního práva, např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 10. 2010, sp. zn. 8 Tdo 697/2010). Podle stěžovatele krajský soud nezkoumal, zda současná právní úprava není pro stěžovatele příznivější, byť k tomu měl přistoupit, aniž by to stěžovatel v žalobě namítal; k tomu stěžovatel citoval z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 7. 2008, sp. zn. 2 As 9/2008, a usnesení rozšířeného senátu téhož soudu ze dne 16. 11. 2016, sp. zn. 5 As 104/2013.

[15] Stěžovatel dále uvedl, že rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 7/2010 – 135, na nějž krajský soud poukázal v napadeném rozsudku v rámci argumentace o široce

stanoveném předmětu veřejné zakázky, řešil skutkově odlišný případ, neboť v nyní posuzované věci předmět plnění veřejné zakázky nepodléhá (ani z části) jakémukoli povolení k nakládání s takovým předmětem, a tedy nemůže dojít k situaci, kdy by stěžovatel vyloučil podstatnou část trhu nerozdělením veřejné zakázky. Postup krajského soudu tak stěžovatel považuje za rozporný s právem na spravedlivý proces.

[16] Rozhodnutí, že zadavatel porušil zákon příliš širokým stanovením předmětu veřejné zakázky, by mělo být podle stěžovatele činěno až za předpokladu, že ze strany zadavatele dojde ke skutečnému excesu spočívajícím v poptávání zcela odlišných předmětů plnění v rámci jedné veřejné zakázky (příkladmo lze uvést veřejnou zakázku poptávající společně dodávku počítačů s příslušenstvím a současně gastro vybavení kuchyně). Stěžovatel má za to, že jeho jednání v žádném ohledu excesivní nebylo a extenzivním výkladem zákona došlo krajským soudem a žalovaným k nesprávnému právnímu posouzení věci.

[17] Stěžovatel již v žalobě uvedl výčet dodavatelů, kteří standardně poskytují komplexně celý soubor položek požadovaných v technické specifikaci předmětu plnění. Stěžovatel tímto krokem nicméně nezvýhodňoval tyto dodavatele před ostatními dodavateli, kteří by byli schopni splnit pouze část veřejné zakázky, pouze konstatoval, že stanovením zadávacích podmínek nejednal excesivně, když si byl vědom toho, že na trhu se pohybuje větší množství dodavatelů, kteří jsou schopni v rámci svého podnikání vybavit laboratorní místnosti dle jeho požadavků. Ostatním dodavatelům však nic nebránilo, aby si tu část předmětu plnění, jež nebyli schopni zajistit vlastními zdroji a kapacitami, pořídili od jiných dodavatelů a následně sami s takto pořízeným zbožím splnili předmět veřejné zakázky jako celku. To, že žádný z dodavatelů se takto nerozhodl postupovat, nemůže být přičítáno k tíži stěžovatele, ale toliko k tíži těchto dodavatelů, kteří nebyli ochotni pro zapojení se do soutěže o veřejnou zakázku se jakkoli iniciativně snažit o splnění všech podmínek stanovených stěžovatelem.

[18] K závěrům žalovaného a krajského soudu ve věci volby CPV kódu stěžovatel uvedl, že kód byl zvolen správně, neboť jím označil jednu z částí veřejné zakázky. Formulář k oznámení o zahájení zadávacího řízení neumožňuje uvést širší škálu CPV kódů, jimiž by byl stěžovatel schopen co nejvíce obsáhnout celý předmět plnění veřejné zakázky. Stěžovatel tak byl nucen zvolit jen jeden z nich. Celý předmět veřejné zakázky byl zcela jasně a určitě vymezen názvem veřejné zakázky „Dodávka vybavení stacionární analytické laboratoře technologií městského inženýrství“ a dále i podrobným popisem předmětu veřejné zakázky a jejího účelu v zadávací dokumentaci. Stěžovatel si stojí za svým názorem, že dodavatelé byli schopni určit předmět plnění ze samotného názvu veřejné zakázky a jejího popisu v zadávací dokumentaci, přičemž toto je z hlediska stanovení předmětu veřejné zakázky stěžejní (shodně viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 3. 2015, č. j. 62 Af 80/2012 – 110).

[19] Stěžovatel má tedy za to, že povinnost uloženou v § 47 zákona o veřejných zakázkách neporušil, a proto je nutno považovat uloženou pokutu za nepřiměřenou a neopodstatněnou. K tomu dále uvedl, že přílehlavých CPV kódů pro jednotlivé položky předmětu plnění veřejné zakázky je velké množství, a proto rozhodl, že jako hlavní CPV kód stanoví Laboratorní nábytek, a to také z toho důvodu, že obsahuje ve svém názvu pojem „laboratorní“, což je dle názoru stěžovatele podstatná informace pro všechny

pokračování

dodavatele, jejichž předmětem podnikání je právě dodávání laboratorního vybavení. Nelze tedy říci, že by CPV kód nebyl stanoven s ohledem na poměrnou část předpokládané hodnoty daného plnění přesně, došlo tím k omezení dodavatelů, kteří se o veřejné zakázce mohli dozvědět. V průběhu zadávacího řízení nadto nebyla vznesena žádná námitka na postup stěžovatele, a to od žádného z dodavatelů, kteří si zadávací dokumentaci stáhli, nicméně dospěli k závěru, že nabídku (ať už z jakéhokoli důvodu) nepodají a soutěže o veřejnou zakázku se nezúčastní. Kdyby stěžovatel pochybil a určil by pro veřejnou zakázku nesprávný CPV kód, jistě by nedošlo k takovému množství stažení zadávací dokumentace. Skutečnost, že nabídku podalo méně dodavatelů, než kolik dodavatelů si stáhlo zadávací dokumentaci, nemůže mít rozhodující vliv pro to, zda byl předmět veřejné zakázky stanoven příliš široce, nebo že stěžovatel nesprávně uvedl CPV kód. Na podporu své argumentace stěžovatel rozsáhle citoval z rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 3. 2011, č. j. ÚOHS-R81,82/2010/VZ-1829/2011/310.

[20] Stěžovatel dále podotkl, že krajský soud se nevypořádal s námitkou nepřiměřenosti pokuty. K tomu přdestřel úvahu o tom, že při rozdělení zakázky do 22 částí by se jednalo o 22 veřejných zakázek malého rozsahu, jejichž zadání by nebyl povinen podřídit zákonnému režimu a jeho postup by tak nepodléhal dohledu žalovaného. Při respektování závěru krajského soudu a žalovaného, že jednotlivé požadované předměty nejsou vzájemně propojeny, a tedy netvoří funkční celek, by se totiž jednotlivé části veřejné zakázky nesčítaly (srov. § 13 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách). Z tohoto hlediska, a dále s ohledem na výnos stěžovatele za rok 2014 i předpokládanou (a realizovanou) hodnotu veřejné zakázky, stěžovatel vnímá pokutu ve výši 100.000 Kč jako nespravedlivou a nepřiměřenou; pokuta by tak měla být snížena, resp. zcela zrušena.

III. Vyjádření žalovaného

[21] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že právní názor krajského soudu a závěry napadeného rozsudku považuje za správné a zákonné. K povinnosti stěžovatele rozdělit zakázku na části odkázal na § 6 zákona o veřejných zakázkách, v němž je vyjádřena zásada transparentnosti, zákazu diskriminace a zásada rovného zacházení, dále na odůvodnění svého rozhodnutí a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010 – 135, s tím, že ústavní zásada vyjádření v čl. 4 Listiny porušena nebyla. Institut rozdělení veřejné zakázky na části je pak zakotven v § 98 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

[22] Žalovaný nerozporuje tvrzení žalobce, že byl poptáván jeden funkční celek. Tato skutečnost však automaticky neznamená, že v daném případě nelze veřejnou zakázku rozdělit na části. Při pohledu na judikaturu ve vztahu k doktríně funkčního celku (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 8. 2011, č. j. 62 Af 33/2010 – 48, který byl následně potvrzen rozsudkem NSS ze dne 26. 4. 2012, č. j. 2 Afs 71/2011 – 93, nebo rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 9. 2011, č. j. 62 Ca 44/2009 – 75, jehož závěry nebyly ze strany NSS rozsudkem ze dne 21. 3. 2012, č. j. 5 Afs 68/2011 – 99, zpochybněny, neboť ke zrušení rozsudku krajského soudu došlo z důvodu existence příznivější právní úpravy), je patrné, že se systematicky váže k určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která dále předurčuje postup zadavatele, tedy zda bude postupovat v „přísnějších“ režimech zadávacího řízení, nebo zda naplňuje podmínky pro použití „mírnějšího“ postupu (např. režim veřejné zakázky malého rozsahu). Zjednodušeně totiž platí, že pokud

předměty několika veřejných zakázek tvoří jeden funkční celek, je rozhodující pro určení postupu zadavatele součet předpokládaných hodnot všech takových veřejných zakázek. Tímto způsobem se má předcházet protizákonnému rozdělování veřejných zakázek, kdy by jedna veřejná zakázka byla rozdělena na deset dílčích veřejných zakázek, které by s ohledem na jednotlivé předpokládané hodnoty mohly být zadány např. v režimu zakázek malého rozsahu, tedy mimo režim zadávacího řízení.

[23] Neplatí však, že pokud předměty veřejných zakázek tvoří jeden funkční celek, takový předmět nemůže být rozdělen na části. Toto je ostatně patrné i z rozsudku krajského soudu ze dne 15. 10. 2010, č. j. 2 Afs 55/2010 - 173, na který mj. odkazuje i stěžovatel. K závěru, že předmět veřejné zakázky nemůže být rozdělen na části, lze dospět například v situaci, kdy je rozdělení veřejné zakázky na části vyloučeno z důvodu absolutní kompatibility dílčích částí předmětu veřejné zakázky. Stěžovatel v daném případě žádné požadavky na kompatibilitu dílčích částí předmětu veřejné zakázky (tedy například kompatibilitu mezi laboratorním nábytkem a laboratorními přístroji) v zadávacích podmínkách nevymezil a uvedené zjištění během správního řízení ani nerozporoval, pročez nelze hovořit o tom, že by předmět veřejné zakázky byl nedělitelný. Napadený rozsudek a v něm uvedené právní názory následují již existující rozhodovací praxi ve vztahu k rozdělování příliš široce vymezených předmětů plnění veřejných zakázek na části za účelem zachování, resp. rozšíření hospodářské soutěže (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010 - 135).

[24] Lze souhlasit se stěžovatelem v tom, že zadavatelé nejsou povinni v zadávací dokumentaci uvést veškeré myslitelné specifikace předmětu veřejné zakázky a že se v tomto smyslu mohou spolehnout na to, že dodavatelé disponují jistou mírou odborných znalostí a zkušeností (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008 - 103 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 10. 2011, č. j. 7 Afs 66/2010 - 232). Otázkou však zůstává, jestli lze odkazem na odborné znalosti dodavatelů překlénout to, že zadavatel v zadávací dokumentaci nespecifikuje, že některé části plnění mají být kompatibilní. Také nelze vyloučit, že uvedený požadavek zadavatele mohl být splněn i v případě, kdy by jednotlivé části předmětu veřejné zakázky realizovali rozdílní dodavatelé. Pokud by zadavatel v zadávacích podmínkách kupříkladu stanovil, že konkrétní laboratorní přístroje a konkrétní laboratorní nábytek mají být kompatibilní, taková podmínka mohla být splněna i když by veřejnou zakázku realizovalo několik dodavatelů. Taktéž není vyloučeno, aby si zadavatel v zadávacích podmínkách vynutil to, že jednotliví dodavatelé spolu budou komunikovat (srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0147/2017/VZ-35402/2017/322/JSu, kde je posuzován postup zadavatele, který v zadávacích podmínkách stanovil i povinnosti dodavatelů komunikovat s dosavadním provozovatelem IT systému).

[25] Povinnost kladená na bedra zadavatele ze strany žalovaného nestanoví, že by veřejná zakázka měla být zadávána po co možná nejmenších částech. Povinnost nepostupovat diskriminačně stanoví, že by mělo docházet k omezení hospodářské soutěže v co nejmenší míře a v tomto ohledu lze souhlasit se stěžovatelem, že rozdělení veřejné zakázky na 73 částí, kdy každá část reflektuje konkrétní kus poptávaného příslušenství, nábytku nebo přístroje, by se neprojevovalo na otevřenosti zadávacího řízení, neboť by dodavatelům vznikaly administrativní náklady v nepoměrné výši k předpokládané hodnotě

pokračování

plnění dílčích částí veřejné zakázky. Povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části by měla být splněna v té míře, kdy je hospodářská soutěž omezena pouze nezbytně a potřeby zadavatele jsou dostatečně naplněny. Stěžovatelem prezentovaný absurdní stav nenaplnuje ani jeden z uvedených parametrů, a proto nemůže být výsledkem aplikace právního názoru žalovaného, který posvětil krajský soud. Zadavatel nevymezil požadavek na kompatibilitu dílčích částí předmětu veřejné zakázky, a pokud by ji vymezil, ani takové vymezení nutně nevylučovalo rozdělení veřejné zakázky na části; nelze proto hovořit o tom, že by předmět plnění veřejné zakázky byl nedělitelný. Námitkám stěžovatele, dle kterých nemohl rozdělit předmět plnění veřejné zakázky na části, tak nelze přitakat.

[26] K námitce týkající se porušení zásady materiální pravdy žalovaný přisvědčil, že pro naplnění skutkové podstaty přestupku dle zákona o veřejných zakázkách je nutno, aby zákonem rozporný postup zadavatele měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Uvedený vliv může být obecně dvojího druhu. Lze tak uvažovat o vlivu dovnitř zadávacího řízení, kdy je určitelný okruh účastníků zadávacího řízení, kteří mohli být postupem zadavatele ovlivněni, nebo o vlivu vně zadávacího řízení. V takovém případě nelze určit okruh subjektů, kteří mohli být postupem zadavatele ovlivněni, protože nelze ani zcela jednoznačně určit vliv postupu zadavatele. Právě s ohledem na druhý případ vlivu bylo judikatorně dovozeno, že v takovém případě postačuje pouze potencialita, že postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky (viz např. rozsudek krajského soudu ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 - 159). Pokud tedy žalovaný dovodil, že stěžovatel postupoval v rozporu se zákonem, neboť svým postupem omezil hospodářskou soutěž, může tím dojít i k prokázání potenciality vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož vliv postupu zadavatele se v tomto případě projevuje právě omezením okruhu dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku hypoteticky ucházet. Žalovaný k tomu odkázal zejména na bod 37. a 38. odůvodnění napadeného rozsudku s tím, že nelze souhlasit se stěžovatelem, že by žalovaný nedostatečně prokázal potencialitu vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky.

[27] K argumentaci stěžovatele, že krajský soud byl povinen přihlídnout k zákonu č. 134/2016 Sb., neboť ten představuje pro stěžovatele příznivější právní úpravu, kterou je nutno aplikovat, žalovaný uvedl, že nesouhlasí s tím, že by tento zákon obsahoval pro stěžovatele příznivější právní úpravu. Stěžovatel neuvedl, v čem konkrétně spatřuje danou příznivost, zřejmě ji spatřuje ve vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a aplikovatelnosti doktríny funkčního celku. Nicméně jak již bylo uvedeno výše, skutečnost, že předmět veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek, nutně nevylučuje jeho zadávání v částech. V tomto ohledu tak námitka stěžovatele postrádá relevanci.

[28] Jelikož oba zákony vymezují generální skutkovou podstatu správního deliktu, resp. přestupku, totožně, nelze v tomto ohledu hovořit o tom, že by zákon č. 134/2016 Sb. byl vůči zákonu o veřejných zakázkách příznivější právní úpravou, která by měla být aplikována. Dále lze uvést, že § 101 zákona č. 134/2016 Sb. a § 98 zákona o veřejných zakázkách mají na situaci stěžovatele stejný dopad, neboť v obou případech je v tomto ustanovení reflektována možnost zadavatele rozdělit veřejnou zakázku na části, nicméně oba právní předpisy upravují základní zásady zadávání veřejných zakázek stejným způsobem (srov. § 6 zákona o veřejných zakázkách a § 6 zákona č. 134/2016 Sb.), proto ani v této rovině tak nepředstavuje zákon č. 134/2016 Sb. oproti zákonu o veřejných

zakázkách příznivější právní úpravu. Je možno dokonce konstatovat, že zákon č. 134/2016 Sb. oproti zákonu o veřejných zakázkách klade větší akcent na rozdělování veřejných zakázek na části, neboť ze srovnání § 85 zákona o veřejných zakázkách a § 217 zákona č. 134/2016 Sb. je patrné, že dle zákona o veřejných zakázkách neměl zadavatel povinnost v písemné zprávě uvádět důvody, proč nerozdělil nadlimitní veřejnou zakázku na části, k čemuž je dle zákona č. 134/2016 Sb. povinen [viz § 217 odst. 2 písm. m) zákona č. 134/2016 Sb.]. Pokud tedy zadavatel postupující podle zákona č. 134/2016 Sb. nerozdělí nadlimitní veřejnou zakázku na části, přibývá mu tím další povinnost svůj postup odůvodnit v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, včetně zásady transparentnosti, dle které musí být z úkonů zadavatele čitelné, proč je učinil.

[29] I ve vztahu k výši uložené pokuty je právní úprava obsažená v zákoně o veřejných zakázkách a zákoně č. 134/2016 Sb. totožná, neboť v obou případech se za přestupek naplňující generální skutkovou podstatu uloží pokuta ve výši 10% z ceny veřejné zakázky, nebo do 20.000.000 Kč. Ani v tomto ohledu tak zákon č. 134/2016 Sb. není příznivější právní úpravou ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách. Žalovaný dodal, že stěžovatel příznivost zákona č. 134/2016 Sb. oproti zákonu o veřejných zakázkách v žalobě nenamítal, i když měl tu možnost.

[30] K pochybení stěžovatele při volbě CPV kódu žalovaný plně odkázal na svá rozhodnutí a vyjádření k žalobě. K tomu poukázal na to, že uvedeného pochybení se stěžovatel mohl vyvarovat právě rozdělením veřejné zakázky na části, kdy ke každé části mohl přiřadit samostatný CPV kód, a tak mohl plně obsáhnout jednotlivé celky plnění veřejné zakázky. Stěžovatelem odkazovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 3. 2015, č. j. 62 Af 80/2012 - 110, reaguje na zcela odlišný skutkový stav, přičemž se z něj nepodává, že by nesprávné uvedení CPV kódu nemohlo ovlivnit okruh dodavatelů, kteří se o veřejnou zakázku budou ucházet. Stále platí, že CPV kód má relevanci zejména ve vztahu k zahraničním dodavatelům, neboť pro tyto může představovat prvotní a často i jediné vodítko pro rozhodnutí, zda se o takovou veřejnou zakázku bude zajímat a zda se o ni následně bude i ucházet. CPV kódy v tomto smyslu představují komunikační nástroj, který není stížen potenciální jazykovou bariérou mezi tuzemskými zadavateli a zahraničními dodavateli a jeho nesprávné použití může nepochybně vést k vyloučení okruhu zahraničních dodavatelů z účasti na zadávacím řízení.

[31] Stěžovatel neposkytl žádný konkrétní důkaz, proč by se dodavatelé například laboratorních přístrojů měli zajímat o veřejnou zakázku, která je označena CPV kódem pro laboratorní nábytek. Stěžovatel v tomto smyslu patrně přikládá příliš velkou váhu tomu, že oba typizované předměty veřejných zakázek obsahují tentýž termín „laboratorní“. Je pravděpodobnější, že dodavatelé například laboratorních přístrojů, se budou zajímat o veřejné zakázky, jejichž předmětem je právě pořízení laboratorních přístrojů, a že nebudou mrhat časem a vlastními zdroji na seznámení se zakázkou, jejíž CPV označení obsahuje slovo „laboratorní“. Argument stěžovatele, že musel použít správný CPV kód, neboť si velké množství subjektů stáhlo zadávací dokumentaci, rovněž postrádá relevanci, neboť nijak nevyvrací závěr žalovaného, že při použití vhodněji zvoleného CPV kódu mohl být zájem o veřejnou zakázku větší. V nyní řešeném případě stěžovatel mohl vybírat z několika CPV kódů, ale rozhodl se pro ten, který reflektuje toliko 6 % z hodnoty celkového poptávaného plnění.

pokračování

[32] K námitce směřující do výše uložené pokuty žalovaný uvedl, že stěžovatel v žalobě neuvedl, proč by uložená pokuta měla být považována za nepřiměřenou.

IV. Posouzení kasační stížnosti

[33] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatel je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupen advokátem. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[34] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval tvrzenou nepřezkoumatelností napadeného rozsudku. Tuto vadu stěžovatel namítl v obecné rovině a konkrétně ji spojil pouze s námitkou, že se krajský soud nezabýval nepřiměřeností uložené pokuty. Vzhledem k tomu, že stěžovatel tuto námitku v řízení před správním soudem vůbec neuplatnil, a s ohledem na to, že případná nepřiměřenost pokuty rozhodnutí o přestupku zároveň není vadou rozhodnutí, k níž by musel správní soud přihlížet z úřední povinnosti, napadený rozsudek nelze považovat za nepřezkoumatelný z důvodu, že taková (neuplatněná) námitka nebyla vypořádána.

[35] Nejvyšší správní soud se následně zabýval námitkou stěžovatele, že krajský soud neposuzoval aplikaci právní úpravy, která je pro stěžovatele příznivější. Krajský soud je totiž povinen i bez návrhu zrušit rozhodnutí správního orgánu o přestupku (deliktu) v případě, že po vydání napadeného rozhodnutí došlo ke změně právní úpravy, podle níž by postižené jednání již nebylo trestné, či již byla zmírněna sankce za něj stanovená (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013 – 46, č. 3528/2017 Sb. NSS). Je pravdou, že v době spáchání správního deliktu byl účinný zákon č. 137/2006 Sb., který byl po vydání rozhodnutí žalovaného (s účinností ode dne 1. 10. 2016) nahrazen zákonem č. 134/2016 Sb., přičemž krajský soud se v napadeném rozhodnutí výslovně nezabýval nutností aplikace zásady vyjádřené ve větě druhé čl. 40 odst. 6 Listiny, podle níž se trestnost činu posoudí a trest ukládá podle právní úpravy, která nabyla účinnosti až poté, kdy byl trestný čin spáchán, je-li to pro pachatele příznivější.

[36] Absence úvah o aplikaci uvedeného ústavního pravidla by byla důvodem ke zrušení rozsudku krajského soudu za situace, kdy by po právní moci rozhodnutí o přestupku (deliktu) materiálně skutečně došlo ke změně právní úpravy, tj. kdy by došlo ke změně trestnosti postiženého jednání či ke zmírnění sankce, jež je za takové jednání stanovena a v důsledku této změny by byly na místě úvahy o aplikaci čl. 40 odst. 6 Listiny (shodně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 11. 2017, č. j. 9 As 51/2017 – 41). Tak tomu však v posuzované věci nebylo.

[37] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu „tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb. se

zadavatel dopustí spáchání přestupku tím, že „*nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou*“. Z uvedeného srovnání je zřejmé, že skutková podstata původního správního deliktu je součástí nového zákona o zadávání veřejných zakázek, byť v určitém mírně pozměněném znění. Co se týká výše uložené pokuty, právní úprava obsažená v zákoně o veřejných zakázkách a zákoně č. 134/2016 Sb. je totožná, neboť jak dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tak dle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb. se za přestupek naplňující generální skutkovou podstatu uloží pokuta ve výši 10 % z ceny veřejné zakázky, nebo do 20.000.000 Kč. V tomto ohledu se tak o příznivější právní úpravu pro stěžovatele nejedná.

[38] Jak uvedl již žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, zákon o veřejných zakázkách i zákon č. 134/2016 Sb. obdobným způsobem zakotvují možnost zadavatele rozdělit veřejnou zakázku na části, a to při zachování shodných zásad zadávání veřejných zakázek (srov. § 6 zákona o veřejných zakázkách a § 6 zákona č. 134/2016 Sb.); ani z tohoto hlediska tak nepředstavuje zákon č. 134/2016 Sb. oproti zákonu o veřejných zakázkách příznivější právní úpravu. Relevantní je rovněž poukaz žalovaného na novou povinnost zadavatele v písemné zprávě odůvodnit, proč nerozdělil nadlimitní veřejnou zakázku na části [§ 217 odst. 2 písm. m) zákona č. 134/2016 Sb. ve srovnání s § 85 zákona o veřejných zakázkách].

[39] Podle stěžovatele nová právní úprava „*jednoznačně obsahuje úpravu zdůrazňující širší vymezení předmětu veřejné zakázky v souladu se shora citovanou judikaturou SD EU*“. Nová právní úprava však (obdobně jako tomu bylo dle právní úpravy původní) nevylučuje možnost zadavatele rozdělit veřejnou zakázku, jejíž předmět tvoří jeden funkční celek, na části, pokud by tímto postupem měla být zajištěna povinnost zadavatele dostát zásadám vymezeným v § 6 zákona (k tomu viz níže). Stěžovatelem odkazovaná judikatura Soudního dvora EU se nezabývala povinností zadavatele rozdělit jednu veřejnou zakázku na části, nýbrž řešila otázku, kdy lze více plnění podřadit pod jedinou zakázku. Stěžovatel neuvádí, jakým způsobem se existence této judikatury projevila v nové právní úpravě, resp. jak by mohla dopadnout na výklad relevantních ustanovení právní úpravy týkající se zadávání veřejných zakázek, která – jak bylo shora vyloženo – zůstala stejná. Námitku stěžovatele směřující do absence úvah krajského soudu o možné aplikaci pro stěžovatele příznivější právní úpravy tak Nejvyšší správní soud vyhodnotil jako nedůvodnou, neboť právní úprava zakotvená v zákoně č. 134/2016 Sb. by nezajistila příznivější posouzení věci stěžovatele.

[40] Nejvyšší správní soud se následně zabýval dalšími námitkami stěžovatele. Ten v úvodu kasační stížnosti na jednu stranu uváděl, že zákon zadavatelům neukládá povinnost dělit veřejné zakázky, na druhou stranu však vyslovil souhlas s judikaturou, která takovou povinnost dovodila za situace, kdy by se opačným postupem zadavatel dopustil (skryté) diskriminace. Podstata této námitky stěžovatele je tedy v tom, že v posuzované věci nebyl povinen k rozdělení zakázky na dílčí části, neboť nerozdělením zakázky se nedopustil diskriminačního jednání.

pokračování

[41] Krajský soud v napadeném rozsudku případně odkázal a citoval z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, č. 1771/2009 Sb. NSS, v němž byl zdůrazněn cíl § 6 zákona o veřejných zakázkách, jímž je zajištění hospodárnosti, efektivity a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Požadovaných kvalit bude nakládání s veřejnými prostředky dosahovat při zajištění hospodářské soutěže a konkurence mezi dodavateli. Podstatou zásady zákazu diskriminace (včetně tzv. skryté diskriminace) je zabránit poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. S tím pak zcela koresponduje výchozí úvaha krajského soudu v napadeném rozsudku (bod 23), že skrytou diskriminaci může způsobit též příliš široké vymezení předmětu jedné veřejné zakázky. Takto vymezený předmět zakázky totiž může diskriminovat ty dodavatele, kteří by mohli podat nabídku na jednotlivá plnění, nejsou však schopni nabídnout plnění všechna. Jedním z aspektů vedoucích k nutnosti umožnit dílčí plnění v rámci jedné veřejné zakázky je i předpoklad, že za plnění po částech bude zadavatel v součtu platit nižší cenu. K tomu zpravidla bude docházet v situaci, kdy rozdělení veřejné zakázky na části může přinést více nabídek a z toho vyplývající nižší nabídkovou cenu (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010 – 135, pozn. soudu – kasační stížnost proti tomuto rozsudku byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 1. 2011, č. j. 2 Afs 59/2010 - 183).

[42] Jakkoli zákon o veřejných zakázkách výslovně neukládá zadavatelům povinnost rozdělit veřejnou zakázku na části, tato povinnost vyplývá ze zákonného požadavku na zajištění zásady zákazu diskriminace (§ 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Jinými slovy, zadavatel bude povinen využít § 98 odst. 1 tohoto zákona za situace, kdy to povaha předmětu zakázky umožňuje, a kdy by zároveň nerozdělení veřejné zakázky na části mohlo mít v důsledku omezení konkurence mezi dodavateli vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

[43] Stěžovatel v kasační stížnosti i v průběhu předcházejícího řízení argumentoval tím, že k jistému zúžení výběru případných dodavatelů požadovaného předmětu plnění přistoupil za účelem naplnění svých požadavků a potřeb, a tím bylo dodání veškerého vybavení do laboratoří tzv. na klíč. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že stěžovateli nebylo vytykáno, že vybavení laboratoře (laboratorní nábytek, laboratorní přístroje) a laboratorní příslušenství spojil do jedné veřejné zakázky. Takový postup učinil veřejnou zakázku pro potenciální zadavatele atraktivnějším, což je v souladu se zásadou hospodárnosti (dosažení co nejvýhodnějších cenových nabídek) i efektivity (snížení administrativní zátěže, která by jinak byla spojena s realizací vícera zadávacích řízení). Na druhou stranu je však nutno brát v úvahu, že široce definovaným předmětem plnění lze omezit okruh potenciálních dodavatelů, čímž může dojít ke snížení výhodnosti nabídky pro zadavatele.

[44] Pokud tedy zadavatel přistoupí ke spojení souvisejících plnění do jedné veřejné zakázky, jako tomu bylo v posuzované věci, musí se zároveň zabývat tím, zda v rámci této veřejné zakázky není nutno využít možnosti k jejímu rozdělení na dílčí části, a to tak, aby vymezený rozsah předmětu plnění nepřiměřeně nezužoval okruh potenciálních dodavatelů. Požadavek na rozdělení veřejné zakázky na dílčí části zpravidla vyvstane u plnění, která jsou v obchodní praxi běžně dodávána samostatně, čímž bude otevřena možnost i pro nabídky těch dodavatelů, kteří nemohou dodat všechna plnění. Naopak u

plnění, u nichž je dána vzájemná podmíněnost, provázanost či závislost, takový požadavek zpravidla nevystane, neboť by to nebylo účelné z důvodu zjevné nevhodnosti či potenciální nefunkčnosti plnění.

[45] Stěžovatel rozdělil požadovanou dodávku zboží do 4 skupin; první tři skupiny byly rozděleny na laboratorní vybavení (laboratorní nábytek a laboratorní příslušenství) do jednotlivých (tři) místností a čtvrtou skupinu tvořilo laboratorní příslušenství. Krajský soud v napadeném rozsudku potvrdil závěry žalovaného, který sice připustil určitou souvislost mezi poptávaným laboratorním zbožím, neboť svým využitím spadají pod jeden obor, avšak dospěl k závěru, že se nejedná o předmět plnění, jehož dílčí části (skupiny zboží) by byly natolik vzájemně provázány, že by je stěžovatel musel poptávat jako jeden společný předmět plnění. S tímto závěrem se ztotožnil též Nejvyšší správní soud.

[46] Předně, jak rozvedl též krajský soud v bodě 28 napadeného rozsudku, v případě laboratorního příslušenství se jednalo o zcela samostatnou kategorii laboratorního zboží, které se v laboratoři běžně používá a které má povahu (jak stěžovatel sám v žalobě uvedl) spotřebního zboží. V případě skupiny položek podřaditelné pod laboratorní příslušenství (tj. různé kádinky, špachtle, pipety, svorky, rukavice atd.) tedy zjevně neexistuje nutná podmíněnost, provázanost či závislost na zbývajících částech předmětu veřejné zakázky a není tak důvod k tomu, aby byli z okruhu dodavatelů vyčleněni ti, kteří se zaměřují pouze na laboratorní příslušenství, nikoli však zároveň na laboratorní přístroje a/či laboratorní nábytek.

[47] Jakkoli Nejvyšší správní soud nevylučuje, že by mezi laboratorním nábytkem (např. laboratorní stoly, židle, skříně atd.) a laboratorními přístroji teoreticky mohla existovat nutná provázanost, podmíněnost či závislost, musí přisvědčit hodnocení krajského soudu, že z technické specifikace požadovaného laboratorního nábytku vyplývají pouze požadavky na rozměry, materiál, nosnost či konstrukci, nikoli však požadavky na případnou speciální úpravu pro potřeby některého z požadovaných laboratorních přístrojů či laboratorního nábytku či jejich vzájemnou kompatibilitu. Stěžovatel teprve v kasační stížnosti poukázal na zcela zjevnou nutnost kompatibility mezi položkou „Laboratorní stůl s prostorem pro myčku“ a položkou „Mycí a dezinfekční automat vč. zdroje tlakové demi vody“, ta však z technické specifikace zcela zjevně nevyplývá. I kdyby tomu tak však bylo, na závěr o příliš širokém vymezeném předmětu veřejné zakázky, pokud stěžovatel společně zadával ostatní položky laboratorního nábytku, přístrojů i příslušenství, by taková jednotlivá skutečnost vliv neměla. Nejvyšší správní soud má za to, požadavek na dílčí rozdělení předmětu zakázky dle uvedených kategorií vybavení potřebného pro laboratoř (tj. laboratorní nábytek, laboratorní přístroje, laboratorní příslušenství) je požadavkem přiměřeným, který vede k požadovanému cíli a zároveň zajišťuje dostatečně široký okruh potenciálních dodavatelů.

[48] Pokud stěžovatel v kasační stížnosti argumentoval tím, že přístup žalovaného by v konečném důsledku mohl vést k nutnosti rozdělit předmět plnění veřejné zakázky na desítky dílčích plnění, pak tomu jednoznačně brání právě zásada přiměřenosti. Požadavek na další dělení předmětu zakázky by totiž nebylo možné akceptovat právě z důvodu nepřiměřené administrativní náročnosti, který by naopak mohl vést k nežádoucímu odlivu potenciálních dodavatelů.

pokračování

[49] K odkazu stěžovatele na judikaturu Soudního dvora EU, v níž bylo akcentováno hledisko ekonomické a technické funkce (využitelnosti) výsledku poptávaných činností (rozsudky ze dne 5. 10. 2000 ve věci C-16/98, Komise v. Francie, a ze dne 27. 10. 2005 ve spojených věcech C-187/04 a C-188/04, Komise Evropských společenství v. Italská republika), resp. z níž lze dovodit, že v případě, kdy má veřejná zakázka jediný cíl, ale skládá se z několika druhů služeb, nemá být tato zakázka rozdělena do více zakázek (rozsudek ze dne 14. 11. 2002 ve věci C-411/00, Felix Swoboda GmbH v. Österreichische Nationalbank), Nejvyšší správní soud uvádí, že závěry těchto rozsudků nejsou pro posuzovaný spor relevantní. Přestože totiž i v posuzované věci jsou veškerá plnění (vybavení laboratoře) poptávána za stejným cílem, tj. kompletního vybavení tří laboratoří, relevantní je též hledisko ekonomické a technické samostatnosti jednotlivých (dílčích) plnění. Stěžovatelem odkazovaná doktrína funkčního celku směřuje k poněkud odlišné problematice, a sice ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která je určující pro správnou volbu příslušného zákonného režimu (tj. zda se bude jednat o zakázku malého rozsahu, zakázku podlimitní či nadlimitní).

[50] Obdobně k odkazu stěžovatele na veřejně dostupné stanovisko ministerstva vnitra lze uvést, že jím citovaná část se týkala problematiky zakázaného dělení veřejných zakázek, resp. povinnosti zadávat předmět plnění jako jednu zakázku. V té stejné části stanoviska se však uvádí, že *„je na zvážení zadavatele, zda tuto jedinou veřejnou zakázku rozdělí na části (tzn. při stanovení předpokládané hodnoty bude postupovat podle ustanovení § 13 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách (tj. předpokládanou hodnotu tvoří součet hodnot všech částí veřejné zakázky) nebo zda bude tuto jedinou veřejnou zakázku zadávat jako jeden celek.“* Právě do tohoto „zvážení zadavatele“ mají být promítnuty úvahy o tom, zda zadání předmětu plnění jakožto jednoho celku nemůže vyvolat důvodné pochybnosti o diskriminačním postupu, jak byl výše vymezen. Stěžovatelem odkazovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2010, 2 Afs 55/2010 – 73, přitom rozdělení jedné veřejné zakázky nevyloučil.

[51] Pokud stěžovatel uvedl, že zadávací podmínky mají být nastaveny tak, aby korespondovaly s potřebami zadavatele a účelem veřejné zakázky (§ 44 odst. 1 zákona), nikoli aby byly co nejpríznivější pro co možná nejširší okruh dodavatelů, Nejvyšší správní soud k tomu připomíná, že při zadávání veřejných zakázek musí být potřeby zadavatele a účel veřejné zakázky v souladu se zákonem zakotvenými principy rovného zacházení, zákazu diskriminace, transparentnosti, jakož i s principem proporcionality. Veřejná zakázka by měla být otevřena hospodářské soutěži takového okruhu dodavatelů, jehož šíři lze s ohledem na předmět plnění po zadavateli ještě důvodně požadovat. Stěžovatel nebyl povinen „vyhovět co největšímu množství subjektů působících na trhu s laboratorním vybavením“, byl však povinen nastavit veřejnou zakázku tak, aby okruh potenciálních dodavatelů byl zúžen s ohledem na předmět plnění pouze v nezbytné míře.

[52] K námitce stěžovatele týkající se nenaplnění skutkové podstaty správního deliktu z důvodu nedostatečně zjištěného skutkového stavu Nejvyšší správní soud připomíná charakter správního deliktu vymezeného v § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jehož se zadavatel dopustí tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Jedná se o správní delikt ohrožovací, k jeho spáchání tedy

dojde i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. K naplnění skutkové podstaty tohoto deliktu tedy postačí pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, škodlivý následek nemusí být prokazován (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28, ze dne 18. 8. 2016, č. j. 9 As 63/2016 – 43). K argumentaci stěžovatele, že i v případě potenciálního vlivu mělo být zkoumáno, zda může být vlivem podstatným, lze uvést, že v případě potenciality, která nepředpokládá prokazování škodlivého následku (určení okruhu dodavatelů, kteří mohli být nezákonným postupem zadavatele ovlivněni), nelze rozsah ovlivnění stanovit. Pro tyto situace je tak nutno presumovat, že zúžení okruhu dodavatelů, nebylo-li k němu v důsledku postupu stěžovatele přistoupeno v míře nezbytné, mohlo výběr nejvhodnější nabídky ovlivnit.

[53] V posuzované věci byla potencialita vlivu na výběr nevhodnější nabídky dána zjištěním, že se stěžovatel dopustil diskriminačního jednání ve vztahu k těm dodavatelům, kteří by v případě rozdělení veřejné zakázky na části mohli podat nabídku na jednu z těchto částí. Existenci těchto dodavatelů stěžovatel nevyvrací, pouze poukazuje na to, že podání nabídek vícero dodavateli by v případě rozdělení zakázky na části bylo nejisté. Argumentace stěžovatele, že nabídku nepodalo vícero dodavatelů z důvodu vlastní liknavosti či neochoty pořídit pro účely této veřejné zakázky část plnění od jiných dodavatelů, nemůže přijaté závěry ovlivnit, neboť ohrožovací povaha tohoto správního deliktu nepožaduje zjišťování skutkového stavu ve vztahu k důvodům, pro které jiní potenciální (existující) dodavatelé nabídky nepodali. Stěžovateli tak nelze přisvědčit, že by nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu, neboť vliv nezákonného postupu stěžovatele (jako zadavatele) se zde projevil právě omezením okruhu dodavatelů, kteříby při postupu souladném s § 6 zákona o veřejných zakázkách nabídku hypoteticky podat mohli.

[54] Pokud stěžovatel namítal, že závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Af 7/2010 – 13, jimiž argumentoval krajský soud v napadeném rozsudku, nebyly po posuzovanou věc relevantní, ani této námitce Nejvyšší správní soud nepřisvědčil. Skutečnost, že ve věci posuzované v odkazovaném rozsudku podléhala část plnění veřejné zakázky povolení (distribuce léčivých přípravků), nebyla pro přijaté závěry podstatná. Proto ani skutečnost, že předmět plnění veřejné zakázky v posuzované věci nepodléhá jakémukoliv povolení, nemohl ovlivnit závěr, že stěžovatel svým postupem mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[55] Jakkoli je nutno připustit, že naplnění zákonných požadavků, jež jsou na zadavatele veřejných zakázek kladeny, může být náročné, nelze přistoupit na návrh stěžovatele, že porušení zákona v důsledku příliš širokého stanovení předmětu veřejné zakázky by mělo nastat teprve tehdy, dojde-li ke skutečnému excesu, tj. při poptávání zcela odlišných předmětů plnění v rámci jedné veřejné zakázky. Pro takový přístup, kterým by došlo ke snížení standardů ochrany nakládání s veřejnými prostředky, není racionální důvod a ani stěžovatel tento svůj návrh neodůvodňuje.

[56] Stěžovatel v žalobě i v kasační stížnosti trval na svém názoru, že jeho volba CPV kódu byla správná, že neporušil § 47, resp. že případné porušení tohoto ustanovení nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Krajský soud se této námitce podrobně

pokračování

věnoval v bodech 39 – 50 napadeného rozsudku a Nejvyšší správní soud nepovažuje za účelné, aby zde argumentaci krajského soudu, s níž se ztotožňuje, včetně citace rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 9. 2013, č. j. 7 Afs 98/2012 - 171, č. 3006/2014 Sb. NSS, který se již dříve k problematice CPV kódů vyjádřil, opakoval. Její podstatou je sdělení, že CPV kódy (Číselník CPV – společný slovník pro veřejné zakázky) plní zásadní úlohu především ve vztahu k zahraničním dodavatelům, neboť pro tyto dodavatele představuje jediné srozumitelné a rozlišující vodítko v databázi veřejných zakázek. Jedná se však o podstatný údaj pro všechny dodavatele, kteří vyhledávají relevantní zakázku, a proto je nutné, aby CPV kód co nejvíce odpovídal předmětu veřejné zakázky.

[57] Stěžovatel nerozporoval závěry žalovaného, že z cenové kalkulace uvedené v nabídce vybraného uchazeče vyplývá, že převažujícím plněním ve výši cca 89 % z celkové nabídkové ceny je dodávka laboratorních přístrojů, přičemž laboratorní nábytek tvořil cca 6 % z celkové nabídkové ceny. Stěžovatel však veřejnou zakázku vymezil jediným CPV kódem, a to č. 39180000-7 jako Laboratorní nábytek. Je tedy nutno přisvědčit přijatému závěru, že stěžovatel porušil povinnost označit veřejnou zakázku příznačným CPV kódem, co nej přesněji vystihujícím hlavní část předmětu veřejné zakázky (převažujícího plnění). Jak případně poznamenal žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, rozdělením veřejné zakázky na části se stěžovatel mohl uvedeného pochybení vyvarovat, neboť ke každé části by mohl přiřadit odpovídající CPV kód. Název veřejné zakázky ani její podrobný popis v zadávací dokumentaci nemohl nahradit správné označení zakázky CPV kódy, a to z důvodu, pro který byla databáze CPV kódu zavedena (stěžejní rozlišující informace pro potenciální dodavatele ze všech členských států EU).

[58] Skutečnost, že stěžovatele zvolený CPV kód obsahuje ve svém názvu pojem „laboratorní“ nezaručuje, že dodavatelé vybavení do laboratoří budou předvídat, že veřejná zakázka označená CPV kódem pro laboratorní nábytek cílí též na laboratorní přístroje a laboratorní příslušenství. Je spíše pravděpodobnější, že dodavatelé laboratorních přístrojů, kteří jsou omezeni jazykovou bariérou, veřejnou zakázku označenou zvoleným CPV kódem odsunou mimo svůj zájem. Argument, že v průběhu zadávacího řízení nebyla na postup stěžovatele vznesena stížnost od žádného z dodavatelů, kteří si zadávací dokumentaci stáhli, pak nemůže mít vliv na závěr, že stěžovatel porušil § 47 zákona o veřejných zakázkách, čímž mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Rozsáhlá citace rozhodnutí předsedy žalovaného, v němž nebylo porušení uvedeného ustanovení zákona o veřejných zakázkách shledáno, jde zcela mimo posuzovanou věc, kde (na rozdíl od odkazovaného rozhodnutí) existovaly CPV kódy jak pro převažující plnění veřejné zakázky (laboratorní přístroje), tak pro její jednotlivá dílčí plnění.

[59] Námitkou stěžovatele, že uložená pokuta je nepřiměřená, resp. že by měla být snížena či zrušena, se Nejvyšší správní soud nezabýval, neboť ji stěžovatel neuplatnil v žalobě, a je tedy nepřipustná (§ 104 odst. 4 s. ř. s.).

V. Závěr a náklady řízení

[60] Nejvyšší správní soud ze shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[61] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl v řízení úspěch, a proto právo

na náhradu nákladů tohoto řízení nemá. Procesně úspěšnému žalovanému pak nevznikly v řízení náklady přesahující rámec nákladů jeho běžné úřední činnosti, a proto Nejvyšší správní soud rozhodl, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů tohoto řízení.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 19. listopadu 2020

JUDr. Jiří Palla
předseda senátu