



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Jitky Zavřelové v právní věci žalobce: **Fyzikální ústav AV ČR, v.v.i.**, se sídlem Na Slovance 1999/2, Praha 8, zast. JUDr. Tomášem Sirovátkem, advokátem se sídlem K Mohyle 476/3, Praha 6, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 9. 2016, čj. ÚOHS-R403/2015/VZ-37535/2016/321/Oho, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 2. 2022, čj. 31 Af 82/2016-322,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 2. 2022, čj. 31 Af 82/2016-322, **se ruší a věc se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Nejvyšší správní soud se v tomto rozsudku zabýval tím, zda napadený rozsudek Krajského soudu v Brně a rozhodnutí správních orgánů jsou přezkoumatelné a zda je třeba zohlednit význam technických parametrů, k jejichž změně došlo dodatečnými informacemi, při posouzení, zda změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Dále se zabýval ohrožovací povahou správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

[2] Rozhodnutím žalovaného ze dne 13. 11. 2015, čj. ÚOHS-S0617/2015/VZ-39438/2015/532/Zča, byl žalobce (dále „stěžovatel“) uznán vinným ze spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Měl se jich dopustit tím, že při zadávání částí 1, 2 a 5 veřejné zakázky „DODÁVKA VÝPOČETNÍ TECHNIKY

NA ROKY 2012 AŽ 2015“ v otevřeném řízení změnil technické podmínky konkrétních dílčích plnění veřejné zakázky, přičemž po provedených změnách neprodloužil lhůtu pro podání nabídek. Tím porušil zásadu zákazu diskriminace podle § 6 ve spojení s § 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť lhůta pro podání nabídek nebyla po provedené změně stanovena s ohledem na předmět veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel na dotčené části veřejné zakázky již uzavřel rámcové smlouvy. Za tyto správní delikty byla stěžovateli uložena pokuta ve výši 50 000 Kč. Proti rozhodnutí podal stěžovatel rozklad, který předseda žalovaného v záhlaví označeným rozsudkem zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

[3] Následně podal stěžovatel u krajského soudu žalobu proti rozhodnutí předsedy žalovaného, který rozsudkem ze dne 26. 9. 2018, čj. 31 Af 82/2016-251, napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Dospěl k závěru, že správní rozhodnutí jsou nepřezkoumatelná, a to pro vnitřní rozpor v otázce, jaká právní úprava byla na projednávanou věc použita a proč. Proti tomuto rozsudku podal žalovaný kasační stížnost. Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 2. 12. 2020, čj. 8 As 349/2018-55, *Fyzikální ústav I*, zrušil napadený rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Dospěl k závěru, že ze správních rozhodnutí vyplývá, podle jakého právního předpisu žalovaný postupoval při posuzování správních deliktů. Jsou proto přezkoumatelná. Porušení povinnosti prodloužit lhůtu při změně zadávacích podmínek je třeba posoudit podle § 6 ve spojení s § 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách ve znění do 31. 3. 2012. Ustanovení § 40 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném od 1. 4. 2012 není pro stěžovatele příznivější. Žalovaný proto nepochybil, jestliže se jím nezabýval. Nejvyšší správní soud zavázal krajský soud, aby se v dalším řízení věcně zabýval uplatněnými žalobními body včetně otázky, zda právní úprava obsažená v § 99 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, není pro stěžovatele příznivější.

[4] Krajský soud věc znovu projednal a v záhlaví uvedeným rozsudkem žalobu jako nedůvodnou zamítl.

[5] Krajský soud uvedl, že podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 8. 2020, čj. 3 As 140/2018-64, *Masarykova univerzita*, není právní úprava přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek příznivější než právní úprava správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pro určení, zda je pozdější úprava příznivější, je proto třeba se zabývat povahou ustanovení upravujících postup pro zadání veřejné zakázky.

[6] Krajský soud nepřisvědčil argumentaci stěžovatele, podle které v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám pouze upřesnil, že bude akceptovat i kvalitativně a technicky srovnatelné řešení. Šlo o změnu zadávacích podmínek. Podle čl. 17 odst. 1 zadávací dokumentace mohl být konkrétně určený výrobek nahrazen výrobkem jiného výrobce o shodných parametrech. Stěžovatel však dodatečnými informacemi umožnil dodání výrobků s jinými, než původně požadovanými parametry. Poptávané plnění mohlo být nahrazeno kvalitativně jinými výrobky, které i z laického pohledu mají nižší standard kvality, přestože z pohledu koncového uživatele mohou plnit uživatelské funkce obdobně. Nižší jas monitoru je snížení náročnosti v parametru monitoru. Starší verze standardu OpenGL nemá všechny funkcionality jako původně požadovaná verze novější.

pokračování

Technologie pevných disků SATA 3 představuje vývojově novější typ technologie než SATA II. Rovněž v případě dalšího plnění bylo umožněno nahradit výrobky s nižšími parametry. Oproti původně požadovanému Switch s velikostí tabulky MAC adres nejméně 200 tis. záznamů a routovací tabulky nejméně 512 tis. záznamů byl umožněn Switch s velikostí tabulky MAC adres nejméně 128 tis. záznamů a routovací tabulky nejméně 200 tis. záznamů. Jde-li o výrobek „Switch, 100 Mbps + gigabitový uplink, nehluchý“ a „WiFi, LAN managed AP 802.11 abg“ krajský soud bez technických znalostí není schopen posoudit, zda jde o ekvivalentní plnění. Je však patrné, že došlo ke změně požadovaných parametrů, a to ohledně ventilátoru a počtu PoE na TP portech s možností nabíjení.

[7] Pro určení, zda je právní úprava obsažená v § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek pro stěžovatele příznivější, je rozhodné, zda šlo v projednávané věci o změnu, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Pokud by se o takovou změnu jednalo, je právní úprava podle § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek obsahově shodná s předchozí právní úpravou podle zákona o veřejných zakázkách. Nebyla by proto pro stěžovatele příznivější. Nejednalo-li by se však o změnu, která mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, bylo by třeba posoudit, zda okolnosti daného případu vyžadovaly, aby byla lhůta přiměřeně prodloužena. Ustanovení § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek totiž vyžaduje přiměřené prodloužení lhůty pouze v případě, že to vyžadují okolnosti. Je proto příznivější než předchozí právní úprava, která vyžadovala přiměřené prodloužení lhůty vždy. Krajský soud se proto dále zabýval tím, zda změna byla způsobilá rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Upozornil v této souvislosti na to, že ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách bylo třeba nejen nedodržet postup stanovený zákonem, ale zároveň musela být splněna podmínka, že tímto jednáním došlo nebo mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Podmínka změny způsobilé rozšířit okruh možných dodavatelů a podmínka možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky však spolu splývají (rozsudek NSS ze dne 31. 5. 2019, čj. 6 As 47/2019-37, město Šumperk).

[8] Změny provedené stěžovatelem umožnily dodání širšího spektra výrobků, než které předpokládala původní zadávací dokumentace. Změny spočívaly ve snížení nároků na výrobky, čímž došlo ke snížení náročnosti kladené na výrobky původními zadávacími podmínkami. Novým zadávacím podmínkám proto mohli vyhovět také dodavatelé, kteří původním zadávacím podmínkám vyhovět nemohli. Změna proto byla způsobilá rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Stěžovatel tak měl prodloužit lhůtu pro podání nabídek. To, že se do zadávacího řízení po vydání dodatečných informací nikdo nepřihlásil a že si na průběh zadávacího řízení nikdo nestěžoval, neznamená, že nemohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků. Rovněž to, že stěžovatel dodatečnými informacemi umožnil přístup SSL, avšak žádný z dodavatelů jej nevyužil, nevylučuje, že jiní dodavatelé by této možnosti využili, pokud by měli k podání nabídky stejnou lhůtu. Nedostatek možnosti podstatného ovlivnění nejvhodnější nabídky nelze dovozovat z cen dodavatelů, kteří své nabídky podali. Ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách stačí pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a tedy i pouhá možnost rozšíření okruhu možných účastníků. Žalovaný není povinen u ohrožovací formy správního deliktu prokazovat, že existoval konkrétní dodavatel, který by se zadávacího

řízení zúčastnil, kdyby se stěžovatel daného pochybení nedopustil (rozsudek NSS ze dne 28. 6. 2016, čj. 4 As 61/2016-34, *Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje*). Žalovaný provedl kvalifikovanou úvahu, proč v důsledku pochybení stěžovatele mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků a k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud proto dospěl k závěru, že právní úprava podle § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek nebyla pro stěžovatele příznivější.

[9] Znalecký posudek nemá pro posouzení správního deliktu stěžovatele význam s ohledem na to, jakým způsobem byly položeny znalecké otázky. Žalovaný se totiž nezabýval tím, zda plnění umožněné dodatečnými informacemi bylo kvalitativně a technicky obdobné. Chtěl-li stěžovatel znaleckým posudkem prokázat neporušení zákona při zadávání veřejné zakázky, měly znalecké otázky vést ke zkoumání, zda bylo dodatečnými informacemi v daném místě a čase umožněno rozšířit možný okruh uchazečů. Pro posouzení správního deliktu není podstatné případné porušení rozpočtové kázně. O odvodu za porušení rozpočtové kázně bude rozhodnuto v samostatném správním řízení.

II. Obsah kasační stížnosti

[10] Stěžovatel uvádí, že kasační stížnost je přípustná. Nejvyšší správní soud se v rozsudku *Fyzikální ústav I* zabýval otázkou přezkoumatelnosti správních rozhodnutí, nikoliv samotným předmětem sporu. Krajský soud nesprávně posoudil otázku, zda byla na věc stěžovatele použitelná příznivější právní úprava podle § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek, zda změny technických podmínek byly na tolik významné, že byly způsobilé rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, a zda žalovaný nemusí jakkoliv prokazovat, že došlo k rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení.

[11] Stěžovatel v replice na vyjádření žalovaného namítl, že žalovaný nemůže provést vše pojednávající teoretickou úvahu o možném rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení, aniž by se žalovaný zabýval významem dílčího technického požadavku zadavatele ve vztahu k předmětu příslušné části zadávacího řízení jako celku nebo jeho běžnou dostupností před vydáním dodatečných informací. Krajský soud se významem jednotlivých technických požadavků, a tedy významem změn zadávacích podmínek, nezabýval. Nepředestřel ani žádnou úvahu o tom, že posouzení významu změn zadávacích podmínek je pro posouzení věci nadbytečné. Stěžovatel při zadání veřejné zakázky specifikoval 11 vzorků, u kterých bylo požadováno naplnění okolo 207 technických parametrů. Obsah dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 5 ze dne 19. 1. 2012 se dotkl pouze tří technických parametrů, což je marginální. Nadto se týkaly pouze 3 z celkem 11 vzorků. Posouzení významu změn zadávací dokumentace v rámci jednotlivých částí veřejné zakázky je proto zásadní. Jejich význam totiž mohl mít možný dopad do okruhu možných zájemců o příslušnou část veřejné zakázky. Naprostá zanedbatelnost významu technických parametrů uvedených v dodatečných informacích vedla stěžovatele k závěru, že lhůtu pro podání nabídek nemusí prodloužit, jestliže se z pohledu stěžovatele (budoucího uživatele) jednalo o zcela srovnatelné technické řešení. Bylo vyloučeno s ohledem na předpokládané hodnoty jednotlivých částí veřejné zakázky, aby marginální prvek jako například jas monitoru, byl pro možné dodavatele kritériem pro

pokračování

rozhodování, zda se zadávacího řízení zúčastní. Stěžovatel požadoval u vzorku 1c „*Monitory, monitor A*“ monitor s jasem 300 cd/m². Je proto otázka, zda ve skutečnosti nešlo o opravu chyby v psaní a v počtech, než o úpravu či změnu zadávacích podmínek.

[12] Stěžovatel v návaznosti na rozsudek *Fyzikální ústav I* řešil se znaleckým ústavem otázku, zda dodatečnými informacemi bylo umožněno rozšířit okruh možných účastníků. Bylo mu však sděleno, že hlavním kritériem pro posouzení této otázky by bylo posouzení běžné dostupnosti zboží v daném místě a čase. Závěr o dostupnosti poptávaného zboží (jak před vydáním dodatečných informací, tak i po jejich vydání), by musel vést k závěru, že okruh možných účastníků byl po celou dobu zadávacího řízení totožný, a tedy že nemohlo dojít k možnému rozšíření okruhu možných účastníků. Stěžovatel se na základě toho rozhodl zajistit důkaz opaku, tj. potvrzení o běžné dostupnosti výrobků, které splňují minimální technické požadavky stanovené pro část 2 veřejné zakázky (číslo vzorku 2a a 2b). Šlo o potvrzení vydaná společnostmi C SYSTEM CZ a.s. (nyní Thein Systems a.s. – pozn. NSS) a IBM Česká republika, spol. s r.o. Ta prokazují, že se jednalo o na trhu zcela běžně dostupnou techniku, nikoliv o specifické plnění, které by bylo dostupné pouze některým dodavatelům. Okruh možných uchazečů proto nemohl být jakkoliv dotčen. Krajský soud však nevyhověl návrhu na provedení dokazování, protože jej vzhledem ke svému právnímu názoru shledal nadbytečným. Dokázat negativní skutečnost, že nemohl být a ani nebyl rozšířen okruh možných účastníků, lze provést pouze důkazem opaku.

[13] Nepřiměřeným přenášením důkazního břemene výhradně na stěžovatele dochází k tomu, že žalovaný nemusí své závěry opírat o jakákoliv skutková zjištění a důkazy. Stěžovatel nemá žádnou možnost vyvrátit tvrzení žalovaného důkazem opaku. Tvrzení žalovaného o hypotetické možnosti, že existoval alespoň jeden možný uchazeč, který by býval podal nabídku, pokud by věděl, že může dodat monitor s jasem 300 cd/m² namísto s jasem 500 cd/m², je fikcí, která je ze své podstaty nevyvratitelná. Nepřiměřeně extenzivním výkladem charakteru ohrožovacího deliktu tak dochází k popření zásady *in dubio pro reo*. Dokumentace o průběhu zadávacího řízení vyvrací, že přinejmenším v rámci části 1. veřejné zakázky neměla tvrzená změna zadávacích podmínek žádný vliv na výši nabídkové ceny, a tedy že nemohlo dojít podstatnému ovlivnění celkové nabídkové ceny a ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Přesto žalovaný nadále trvá na porušení zákona o veřejných zakázkách stěžovatelem. Stěžovatel však objektivně nemůže a ani nedokáže prokázat, že k možnému ovlivnění okruhu zájemců o veřejnou zakázku nedošlo a ani nemohlo dojít. O účasti v hospodářské soutěži s nadlimitním plněním nemůže rozhodovat natolik marginální prvek, jako je například jas monitoru.

[14] Základním znakem skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Stěžovatel na základě repliky k vyjádření žalovaného důkazem opaku prokázal, že v rámci části 1. veřejné zakázky neměla tvrzená změna zadávacích podmínek žádný vliv na výši nabídkové ceny, a že tedy nemohlo dojít k podstatnému ovlivnění celkové nabídkové ceny za plnění. Přesto krajský soud dospěl k závěru, že možnost ovlivnění nejvhodnější nabídky nelze odvozovat z cen dodavatelů, kteří nabídku podali.

[15] Stěžovatel dále namítá, že se krajský soud nezabýval námitkou, podle které každý požadavek na starší verzi programu nemusí automaticky představovat zmírnění technických požadavků. Na trhu jsou běžně dostupnější novější technologie. Zastaralejší technologie se stávají vzácností poptávanou pouze IT specialisty. Údajné zmírnění zadávacích podmínek tak nemuselo nutně založit tvrzenou protiprávnost jednání stěžovatele. Stěžovatel se dopustil podle rozhodnutí žalovaného celkem tří správních deliktů, které odpovídají jednotlivým částem veřejné zakázky. Žalovaný a krajský soud však mezi jednotlivými částmi veřejné zakázky, a tedy mezi významem změn technických podmínek, nijak nerozlišují. Krajský soud vyloučil použití pro stěžovatele příznivějšího § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek, přestože okolnosti přinejmenším v části 1. veřejné zakázky prokazatelně nevyžadovaly prodloužení lhůty pro podání nabídek. Zákon o zadávání veřejných zakázek dává zadavateli možnost zvážit, zda povaha provedené změny či doplnění zadávacích podmínek vyžadují prodloužení lhůty.

[16] Ústavní soud zdůrazňuje, aby při výkladu a použití právních předpisů byl zohledněn jejich účel a smysl. Použije-li soud právní předpisy formálně souladně s textem, avšak odhlédne od skutečných společenských vztahů, dopustí se sofistikovaného odůvodnění zjevné nespravedlnosti a přepjatého formalismu. Soudy nejsou vázány doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, vyžaduje-li to jeho účel, historie vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů. V tomto ohledu je stávající judikatura krajského soudu a Nejvyššího správního soudu, která se zabývá výkladem ohrožovacích deliktů a přehnaným nárokem na unesení důkazního břemene zadavatelem, neudržitelná a protiústavní. Popírá totiž požadavek zjišťování materiální pravdy a zásadu *in dubio pro reo*. Krajský soud rezignoval na posouzení materiální stránky správních deliktů.

[17] Závěrem stěžovatel poukazuje na provázanost deliktního řízení a řízení o uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně. Přestože z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 9. 2017, čj. 6 Afs 281/2016-86, č. 3647/2017, *Krajská zdravotní*, vyplývá, že rozhodnutí o deliktu spáchaném na úseku zadávání veřejných zakázek není ve vztahu k uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně rozhodnutím o předběžné otázce podle § 117 odst. 1 písm. d) zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, je podle stěžovatele podstatné, že orgány finanční správy často přejímají odůvodnění žalovaného. Rozhodnutí o spáchání správního deliktu proto může mít významný dopad i pro posouzení případného porušení rozpočtové kázně.

III. Vyjádření žalovaného

[18] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že z provedených změn technických parametrů v dodatečných informacích stěžovatel připustil dodání i jiného zboží než původně požadovaného. Jiné zboží může mít na trhu jinou cenu a dostupnost a může být dodáváno odlišným okruhem dodavatelů. Provedené úpravy proto představují změnu předmětu plnění veřejné zakázky. Odlišný předmět plnění pak může mít obecně za následek rozšíření okruhu možných dodavatelů. Specifické zdroje dodavatelů a jejich motivy pro podání nabídky nelze s jistotou předvídat. Stěžovatel byl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek, což však neučinil. Rovněž stávající účastníci zadávacího řízení mohli provedenou změnu zohlednit ve svých nabídkách jen pod časovým tlakem. Postup

pokračování

stěžovatele je rovněž v rozporu se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Tím, že stěžovatel v některých případech připustil nižší standard plnění, mohl dodavatel případně nabídnout nižší nabídkovou cenu. To mohlo mít rovněž vliv na výběr nejvhodnější nabídky. To, že dodavatelé změn nevyužili, je spíše důsledkem nedostatku dostatečné lhůty pro úpravu nabídek než důkazem o bezvýznamnosti provedené změny. Krajský soud se zabýval povahou provedených změn zadávacích podmínek v bodech 47 až 54 napadeného rozsudku.

[19] Ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky může také to, nestihne-li účastník nebo není-li schopen na změněné zadávací podmínky účinně zareagovat. Vliv změny zadávacích podmínek na rozšíření okruhu možných dodavatelů nemusí být způsoben jen nově vzniklou objektivní schopností dodavatelů poptávané zboží dodat, ale může být výsledkem řady dalších okolností souvisejících s obchodními možnostmi a strategií dodavatelů, které mají vliv na subjektivní rozhodování o účasti v zadávacím řízení. Možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky by proto byla naplněna také tehdy, jestliže by dodatečné informace mohly zapříčinit možnou nerovnost mezi účastníky zadávacího řízení. Změna předmětu plnění není typově natolik marginální, aby v jejím důsledku nebyla dána možnost vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Možnost podstatného vlivu nezákonného postupu stěžovatele na výběr nejvhodnější nabídky je reálná, nikoliv jen teoretická. Koncepce ohrožovacích deliktů je v judikatuře dostatečně ukotvená a reflektuje to, že v praxi by bylo nepřiměřeně obtížné či nemožné prokázat, že k faktickému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky skutečně došlo. Není dán důvod pro použití příznivější právní úpravy. Změna technických parametrů vyžadovala prodloužení lhůty, a to za účelem umožnění účasti nových dodavatelů za rovných a nediskriminačních podmínek nebo za účelem úpravy stávajících nabídek. Řízení o uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně představuje samostatné řízení. Závěrem žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

IV. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[20] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost a dospěl k závěru, že je částečně důvodná.

IV.1 Přípustnost kasační stížnosti

[21] Nejvyšší správní soud se nejdříve musel zabývat přípustností podané kasační stížnosti, jelikož jde v pořadí již o druhou podanou kasační stížnost v této věci (bod [3] tohoto rozsudku). Podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. je kasační stížnost nepřipustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem; to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem soudu.

[22] Právým smyslem výše uvedeného ustanovení je zamezit tomu, aby se Nejvyšší správní soud musel zabývat znovu věcí, u které již jedenkrát svůj právní názor vyslovil, a kdy se tímto právním názorem krajský soud řídil. Ostatně i soud je svým předchozím vysloveným právním názorem vázán, jestliže rozhoduje za jinak nezměněných poměrů v téže věci o kasační stížnosti proti novému rozhodnutí krajského soudu. K výkladu

uvedeného ustanovení se vyslovil rozšířený senát NSS v usnesení ze dne 22. 3. 2011, čj. 1 As 79/2009-165, č. 2365/2011 Sb. NSS, *Ateliér pro životní prostředí*, ve kterém uvedl, že „ze zákazu opakované kasační stížnosti judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu dovodila nad rámec doslovného znění § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. výjimky, jejichž respektování znamená dodržení smyslu a účelu rozhodování Nejvyššího správního soudu. Dospěla k závěru, že toto ustanovení nelze vztáhnout zejména na případy, kdy Nejvyšší správní soud vytýká nižšímu správnímu soudu procesní pochybení nebo nedostatečně zjištěný skutkový stav, případně nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí. Odmítnutí kasační stížnosti za tohoto procesního stavu by znamenalo odmítnutí věcného přezkumu rozhodnutí z pohledu aplikace hmotného práva. [...] Lze tedy shrnout, že ustanovení § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. limituje přípustnost kasační stížnosti ve vztahu k otázkám již dříve v téže věci Nejvyšším správním soudem závazně posouzeným.“

[23] První kasační stížnost podal žalovaný z důvodu, že nesouhlasil se závěrem krajského soudu o tom, že jsou správní rozhodnutí nepřezkoumatelná. Nejvyšší správní soud rozsudkem *Fyzikální ústav I* shledal kasační stížnost důvodnou a napadený rozsudek krajského soudu zrušil. Nezabýval se však věcně tím, zda je právní úprava podle § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek pro stěžovatele příznivější a zda stěžovatel byl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Krajský soud nyní napadeným rozsudkem žalobu věcně posoudil a dospěl k závěru, že právní úprava § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek není pro stěžovatele příznivější, neboť změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Stěžovatel byl proto povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Proti posouzení této otázky krajským soudem stěžovatel brojí v nyní řešené kasační stížnosti. Ta je proto jako celek přípustná, neboť touto otázkou se Nejvyšší správní soud dosud věcně nezabýval.

IV.2 Nepřípustné kasační námitky

[24] Podle § 104 odst. 4 s. ř. s. dále platí, že *kasační stížnost není přípustná, opírá-li se jen o jiné důvody, než které jsou uvedeny v § 103, nebo o důvody, které stěžovatel neuplatnil v řízení před soudem, jehož rozhodnutí má být přezkoumáno, ač tak učinit mohl.*

[25] Nejvyšší správní soud ze spisu krajského soudu zjistil, že stěžovatel v žalobě (ani v jiném podání, které by bylo učiněno v žalobní lhůtě) nenamítal, že požadavek na jas monitoru 300 cd/m² u vzorku 1c „*Monitory, monitor A*“ představuje opravu chyby v psaní a v počtech, tedy nikoliv úpravu či změnu zadávacích podmínek.

[26] Protože stěžovatel tuto námitku neuplatnil v řízení před městským soudem, přestože tak učinit mohl, je tato námitka nepřípustná podle § 104 odst. 4 s. ř. s. Nejvyšší správní soud se jí proto nezabýval.

[27] Stěžovatel dále namítá, že prokázal, že v části 1. veřejné zakázky neměla tvrzená změna zadávacích podmínek žádný vliv na výši nabídkové ceny, a že tedy nemohlo dojít k podstatnému ovlivnění celkové nabídkové ceny za plnění. Přesto krajský soud dospěl k závěru, že možnost ovlivnění nejvhodnější nabídky nelze odvozovat z cen dodavatelů, kteří nabídku podali.

pokračování

[28] Kasační stížnost je mimořádný opravný prostředek proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu ve správním soudnictví (§ 102 s. ř. s.). Aby byla kasační argumentace přípustná, musí stěžovatel na rozhodnutí krajského soudu reagovat a konkrétně a kvalifikovaným způsobem zpochybňovat jeho závěry. Míjí-li se kasační argumentace s rozhodovacími důvody krajského soudu nebo nereaguje-li na ně dostatečně tak, aby Nejvyšší správní soud mohl posoudit jejich správnost, je nepřípustná podle § 104 odst. 4 s. ř. s. Nejvyšší správní soud nemůže za stěžovatele jakkoliv domýšlet kasační argumentaci (§ 109 odst. 4 s. ř. s.).

[29] Krajský soud v bodě 51 napadeného rozsudku dospěl k závěru, že nedostatek možnosti podstatného ovlivnění nejvhodnější nabídky nelze odvozovat z cen dodavatelů, kteří své nabídky podali. To, za jakou cenu nabídli plnění dodavatelé, kteří se zakázky účastnili, nemůže být obecně důvodem pro závěr, že ten, kdo se veřejné zakázky nemohl zúčastnit, by nemohl nabídnout lepší cenu.

[30] Stěžovatel výše uvedenou námitkou nijak nereaguje na v předchozím bodu uvedený závěr krajského soudu. Z tvrzení stěžovatele nevyplyvá, proč s těmito závěry krajského soudu nesouhlasí a z jakého důvodu jsou podle něj mylné. Námitka stěžovatele tak dostatečně nereaguje na závěry krajského soudu. Je proto nepřípustná podle § 104 odst. 4 s. ř. s.

IV.3 K namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku

[31] Stěžovatel namítá, že se krajský soud nevypořádal s některými žalobními námitkami. Zpochybňuje tak, zda je napadený rozsudek opřen o dostatek důvodů. Obsahově proto jde o námitku nepřezkoumatelnosti.

[32] Nepřezkoumatelnost rozhodnutí je vadou, ke které jsou správní soudy povinny přihlížet i bez námítky z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Vlastní přezkum rozhodnutí soudu je totiž možný pouze za předpokladu, že napadené rozhodnutí splňuje kritéria přezkoumatelnosti. Tedy, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí (rozsudky NSS ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS, ze dne 18. 10. 2005, čj. 1 Afs 135/2004-73, č. 787/2006 Sb. NSS, nebo ze dne 14. 7. 2005, čj. 2 Afs 24/2005-44, č. 689/2005 Sb. NSS). Rozhodnutí soudu je třeba považovat za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů zejména tehdy, pokud není zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při naplňování zásady volného hodnocení důkazů nebo při utváření právního závěru, z jakého důvodu soud považoval žalobní námitky za liché či mylné nebo proč nepovažoval právní argumentaci v žalobě za důvodnou, případně opomene-li krajský soud přezkoumat některou ze žalobních námitek.

[33] Stěžovatel předně namítá, že předmětem sporu je mj. otázka, zda byly krajským soudem identifikované změny technických podmínek natolik významné, že byly způsobily rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. V replice na vyjádření žalovaného namítl, že žalovaný nemůže provést vše pojednávající teoretickou úvahu o možném rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení, aniž by se zabýval významem dílčího technického požadavku zadavatele ve vztahu k předmětu příslušné části zadávacího řízení

jako celku nebo jeho běžnou dostupností před vydáním dodatečných informací. Krajský soud se však významem jednotlivých technických požadavků, a tedy významem změn zadávacích podmínek, nezabýval. Neuvedl ani, proč je posouzení významu změn zadávacích podmínek nadbytečné. To je však zásadní pro posouzení možného dopadu do okruhu možných zájemců o příslušnou část veřejné zakázky.

[34] Nejvyšší správní soud ze spisu krajského soudu zjistil, že stěžovatel v žalobě mj. namítl, že paušalizovaný závěr žalovaného o dodatečných informacích se zakládá pouze na vyjádření číselné hodnoty, aniž by se žalovaný blíže zabýval charakterem poptávaného plnění, skutečným významem jednotlivých technických (marginálních) prvků na předmět veřejné zakázky (především na jeho funkcionalitu a kvalitu) a možným vlivem na okruh možných dodavatelů. Nelze oddělovat jednotlivé technické parametry od celkového předmětu veřejné zakázky. Předmětem zakázky nebyl specifický druh zboží. Požadované zboží bylo na trhu volně dostupné. V průběhu řízení po rozsudku *Fyzikální ústav I* stěžovatel navrhl k důkazu potvrzení společností C SYSTEM CZ a IBM Česká republika o běžné dostupnosti výrobků splňující původní minimální technické požadavky stanovené v zadávací dokumentaci. Zároveň uvedl, že poptávaná výpočetní technika byla na trhu běžně dostupná. Nešlo proto o specifické plnění, které by bylo pro některého dodavatele dostupné a pro jiného nikoliv. To dokládají zmíněná potvrzení. Vydáním dodatečných informací proto nemohlo dojít k možnému rozšíření okruhu možných dodavatelů. V replice na následné vyjádření žalovaného dále uvedl, že žalovaný opomíjí, že se změny dotkly pouze dílčích komponentů, které měly být v budoucnu dodány a zkompleťovány v rámci komplexní dodávky, a to v několika různých částech zadávacího řízení. Žalovaný nemůže provést vše pojednávající teoretickou úvahu o možném rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení, aniž by se zabýval významem dílčího technického požadavku ve vztahu k předmětu příslušné části zadávacího řízení jako celku nebo jeho běžnou dostupností před vydáním dotčených informací.

[35] Podstata žalobní argumentace stěžovatele tak spočívala v tom, že poptávaná výpočetní technika byla na trhu běžně dostupná. Nešlo o nijak specifické plnění. Změny se dotkly pouze dílčích komponentů. Žalovaný se proto měl zabývat ve vztahu k možnému rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení významem jednotlivých technických prvků ve vztahu k předmětu příslušné části zadávacího řízení.

[36] Z napadeného rozsudku vyplývá, že krajský soud dospěl k závěru, že dodatečnými informacemi došlo ke změně zadávací dokumentace, nikoliv k jejímu zpřesnění (bod 41 napadeného rozsudku). Provedené změny zadávacích podmínek umožnily dodání širšího spektra výrobků, než předpokládala původní zadávací dokumentace. Změny spočívaly ve snížení nároků na specifikace výrobků. Tím došlo ke snížení náročnosti kladené na výrobky původními zadávacími podmínkami. Nově mohly být nabízeny také výrobky, které splňovaly nižší standard. Těmto novým zadávacím podmínkám proto mohli vyhovět také dodavatelé, kteří původním zadávacím podmínkám vyhovět nemohli. Změna zadávacích podmínek provedená stěžovatelem spočívala v jejich změkčení a byla způsobilá rozšířit okruh možných dodavatelů. Stěžovatel proto měl prodloužit lhůtu pro podání nabídek (body 48 a 49 napadeného rozsudku). Z rozhodnutí žalovaného logicky a srozumitelně vyplývá, proč v důsledku pochybení stěžovatele mohlo dojít k rozšíření okruhu možných dodavatelů a podstatnému výběru nejvhodnější nabídky (bod 53

pokračování

napadeného rozsudku). Protože změna zadávacích podmínek mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, a vyžadovala tedy prodloužení lhůty k podání nabídek, není právní úprava podle § 99 zákona o zadávání veřejných zakázek pro stěžovatele příznivější (bod 54 napadeného rozsudku). Závěrem dodal, že nehodnotí to, o jak dostupné zboží se jednalo v době zakázky, ani v jakém množství bylo nabízeno. Z laického pohledu je totiž patrné, že dodatečnými informacemi bylo umožněno dodání zboží s nižšími nebo jinými parametry nebo starší generace. Není rozhodné, zda bylo zboží uživatelsky obdobné, nýbrž to, zda by zboží se změněnými parametry mohl dodat i jiný dodavatel, pokud by měl dostatek času k podání nabídky (bod 56 napadeného rozsudku).

[37] Z výše uvedené rekapitulace napadeného rozsudku přinejmenším implicitně vyplývá, že podle krajského soudu jakákoliv změna technických parametrů v zadávacích podmínkách může vést ke změně v okruhu účastníků zadávacího řízení. Došlo-li totiž změnou technických parametrů ke snížení náročnosti kladené na výrobky původními zadávacími podmínkami, pak podle krajského soudu mohli novým zadávacím podmínkám vyhovět také jiní dodavatelé. Zjevně tak podle krajského soudu nemá význam dílčích technických parametrů ve vztahu k předmětu příslušné části zadávacího řízení žádný vliv na to, zda jejich změnou mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení či nikoliv. Rozhodné je pouze to, zda došlo ke změně technických parametrů, a tedy zda došlo ke změně zadávacích podmínek. Pokud je tato podmínka splněna, pak podle krajského soudu mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Závěry krajského soudu proto nelze chápat jinak než tak, že jakákoliv změna technických parametrů v zadávacích podmínkách, minimálně pokud jde o snížení standardů, může vést ke změně v okruhu účastníků zadávacího řízení. Tato úvaha je přezkoumatelná. Nejvyšší správní soud totiž může posoudit, zda je správná (k tomu blíže viz část IV.4 tohoto rozsudku). Krajský soud se tak námitkou stěžovatele (byť implicitně) zabýval.

[38] Nejvyšší správní soud se však v této souvislosti musel zabývat dále tím, zda jsou přezkoumatelná rovněž rozhodnutí správních orgánů. Stěžovatel totiž namítá, že se již žalovaný měl zabývat ohledně možného rozšíření okruhu účastníků zadávacího řízení významem změny technických prvků. Přezkoumal-li by krajský soud rozhodnutí žalovaného, které pro chybějící odůvodnění nebylo přezkoumání vůbec způsobilé, zatížil by vadou nepřezkoumatelnosti i své rozhodnutí (rozsudek NSS ze dne 13. 6. 2007, čj. 5 Afs 115/2006-91).

[39] Nejvyšší správní soud ze správního spisu zjistil následující skutečnosti podstatné pro nyní projednávanou věc. Stěžovatel ve stanovisku ze dne 23. 10. 2015 mj. namítl, že požadované plnění je na trhu volně dostupně ve velkém množství od různých výrobců. Jde o katalogové zboží. Zpracování nabídky proto nevyžadovalo výrazné úsilí. Veřejná zakázka se týkala uzavření rámcových smluv s více dodavateli. Různé technické požadavky na techniku mohou být dosaženy různými navzájem zaměnitelnými technickými řešeními. Podle čl. 17 odst. 1 zadávací dokumentace platí, že je-li zadavatelem požadován určitý produkt, jsou přípustná také jiná, kvalitativně a technicky obdobná plnění. Dodatečné informace představovaly vyjasnění nebo zpřesnění technických specifikací, které byly marginální. V některých případech potvrzují to, že požadavku stěžovatele budou odpovídat také srovnatelné technické alternativy. Nešlo proto o změnu zadání veřejné zakázky. I kdyby o změnu šlo, zájemce mohl namísto původně zamýšleného výrobku

dodat výrobek jiný, neboť šlo o výrobky katalogové. Zpřesnění technických specifikací se dotklo malého množství výrobků v jejich nepodstatných technických parametrech. Prodloužení lhůty pro podání nabídky by proto bylo pouze formální. Auditní orgány předávají podezření žalovanému, aniž by se zabývaly charakterem a významem provedených zpřesnění. Ve stanovisku ze dne 5. 11. 2015 dále uvedl, že požadovaná výpočetní technika byla zájemcům dostupná již ve specifikacích obsažených v původních zadávacích podmínkách.

[40] Žalovaný v rozhodnutí dospěl k závěru, že stěžovatel dodatečnými informacemi změnil zadávací podmínky tím, že zmírnil nároky na technické parametry, čímž mohl rozšířit okruh možných dodavatelů (body 55 a 61 rozhodnutí žalovaného). Stěžovatel proto byl povinen přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby dodavatelé mající zájem o veřejnou zakázku, měli dostatek času změněné zadávací podmínky zohlednit. Tím, že tak stěžovatel neučinil, dopustil se diskriminace možných dodavatelů. Žalovaný souhlasí se stěžovatelem, že předmětem veřejné zakázky nebyl výrazně specifický druh zboží. Došlo však ke změně jeho technické specifikace. Zadavatel proto byl povinen prodloužit lhůtu (body 64 až 66 tamtéž). Existuje možnost, že po zmírnění požadavků zadávacích podmínek by nabídku mohli podat i jiní dodavatelé (bod 74 tamtéž). Jde-li o možný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, žalovaný uvedl, že zmírnění původní zadávací podmínky a neprodloužení lhůty pro podání nabídek mohlo vést k tomu, že možní dodavatelé, kteří se rozhodli nepodat nabídku, neboť by ve zbývajících lhůtách pro podání nabídky nebyli schopni podat řádnou nabídku, by jinak byli schopni předmět veřejné zakázky splnit (bod 77 tamtéž).

[41] Stěžovatel v rozkladu mj. namítl, že dodatečnými informacemi nedošlo ke zmírnění technických požadavků. Neovlivnil okruh možných zájemců. Poptávané výrobky byly dostupné jakémukoliv zájemci i v jejich původních specifikacích. Dílčí parametr několika výrobků, které jsou součástí širší veřejné zakázky, neodrazuje zájemce od zpracování nabídky. Upřesnění zadávacích podmínek mohlo vyvolat u zájemců pouze minimální dodatečnou časovou náročnost (v řádu desítek minut). Prodloužení lhůty by proto bylo formální. Zboží bylo na trhu volně dostupné. V doplnění rozkladu dále namítl, že žalovaný nezohlednil podstatu poptávaného zboží. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena v souladu s § 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, protože předmětem veřejné zakázky nebyl výrazně specifický druh zboží. Poptávané výrobky byly zájemcům o veřejnou zakázku dostupné již ve specifikacích podle původních zadávacích podmínek. Zájemci svými dotazy mohou činit nátlak na zadavatele. Stěžovatel by musel souhlasit s nabídnutým plněním, které by představovalo kvalitativně a technicky obdobné plnění. Žalovaný se měl zabývat dílčím technickým řešením a jeho technickými parametry a jeho funkčností a kvalitou. Dodatečné informace potvrzovaly pouze to, že uchazeči jsou oprávněni nabídnout kvalitativně a technicky obdobné řešení. Odlišné číselné označení a pojmenování výrobků nepředstavuje kvalitativně a technicky odlišné plnění. Z předloženého znaleckého posudku vyplývá, že požadované technické řešení je kvalitativně a technicky obdobné. Rozhodnutí žalovaného je založeno na domněnce, že mohl existovat dodavatel, který se rozhodl nabídku nepodat, protože měl na její zpracování málo času. Poptávaná dodávka výpočetní techniky nepředstavuje specializovanou činnost, k jejíž realizaci by byl způsobilý pouze omezený okruh možných dodavatelů.

pokračování

[42] Předseda žalovaného v rozhodnutí o rozkladu uvedl, že čl. 17 odst. 1 zadávací dokumentace, podle kterého lze použít i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení, se použije jen tehdy, pokud by zadávací dokumentace obsahovala odkaz na konkrétního výrobce nebo na určitý produkt. Tak tomu však v této věci není (bod 32 rozhodnutí předsedy žalovaného). Je zjevné, že došlo ke zmírnění požadavků stěžovatelem, a tedy ke změně zadávacích podmínek (bod 34 a 51 tamtéž). Stěžovatel se znaleckého ústavu dotazoval pouze na to, zda původní a nová technická kritéria představují kvalitativně a technicky obdobné řešení (bod 42 tamtéž). To, že byly požadované výrobky na trhu dostupné, neovlivňuje, zda se dodavatel bude o veřejnou zakázku ucházet. Dodavatelé zvažují, které výrobky pro ně budou představovat nejvíce ziskové řešení. Je proto logická a kvalifikovaná úvaha žalovaného, že změna okruhu výrobků může vést k ovlivnění zájmu dodavatelů o veřejnou zakázku. Rozhodnutí dodavatele, že podá nabídku, může být ovlivněno tím, jaké výrobky je oprávněn dodat (bod 54 tamtéž). Změna technických specifikací je způsobilá ovlivnit rozhodnutí možných dodavatelů o tom, zda podají nabídky (bod 56 tamtéž). Předseda žalovaného tak uzavřel, že stěžovatelem provedené změny zadávacích podmínek představovaly zmírnění původních požadavků, což mohlo mít vliv na okruh možných dodavatelů (bod 65 tamtéž).

[43] Z výše uvedeného vyplývá, že stěžovatel ve správním řízení výslovně nenamítal, že je pro účely posouzení, zda mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, nezbytné se zabývat významem jednotlivých technických parametrů ve vztahu k předmětu příslušné části zadávacího řízení. Podstata jeho argumentace však spočívala v tom, že poptávané zboží je na trhu běžně dostupné a že zpřesnění technických specifikací se týkalo pouze nepodstatných technických parametrů u několika výrobků. Zboží mohl dodat kterýkoliv dodavatel. Stěžovatel tak již ve správním řízení zjevně mířil na to, že ne každá změna dílčího technického parametru musí nutně vést ke změně v okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Z rekapitulace správních rozhodnutí však vyplývá, že žalovaný a předseda žalovaného považovali za podstatné, že dodatečnými informacemi došlo ke zmírnění technických parametrů. Protože bylo nově možné dodat plnění s jinými technickými parametry, mohli jej dodat i další dodavatelé. Mohl tedy být rozšířen okruh možných účastníků zadávacího řízení. Samotná změna technických parametrů je proto podle správních orgánů způsobilá ovlivnit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Zjevně tak pro správní orgány není význam změněných technických parametrů podstatný. Rozhodné je, že k jejich změně došlo. Žalovaný a předseda žalovaného se proto s podstatou argumentace stěžovatele vypořádali. Jejich rozhodnutí jsou tedy rovněž přezkoumatelná. Krajský soud proto nepochybil, jestliže je věcně přezkoumal.

[44] Stěžovatel dále namítá, že se krajský soud nezabýval námitkou, podle které požadavek na starší verzi programu nemusí automaticky představovat zmírnění technických požadavků, a že rezignoval na posouzení materiální stránky správních deliktů.

[45] Tato námitka není důvodná. Stěžovatel v žalobě (ani v jiném podání, které by bylo učiněno v žalobní lhůtě) nenamítal, že požadavek na starší verzi programu nemusí automaticky představovat zmírnění technických požadavků. Jde-li o materiální stránku správních deliktů, stěžovatel v části I. žaloby, ve které rekapituloval předchozí průběh

správního řízení, toliko obecně uvedl, že nedošlo k naplnění formální ani materiální stránky správního deliktu. V dalších částech žaloby se však zabýval pouze tím, zda byly naplněny znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy zda byla naplněna formální stránka správního deliktu. K nenaplnění materiální stránky správního deliktu neuvedl žádnou bližší argumentaci, tedy proč má za to, že naplněna nebyla. Obecné tvrzení, že nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu, proto nepředstavuje dostatečně konkrétní žalobní bod, kterým by se musel krajský soud zabývat. Krajský soud proto nepochybil, jestliže se těmito námitkami nezabýval, pokud nebyly obsahem žaloby, respektive pokud byly uplatněny pouze v obecné rovině.

[46] Napadený rozsudek je srozumitelný a je opřen o dostatek relevantních důvodů, ze kterých vyplývá, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí. Vadou nepřezkoumatelnosti netrpí. Nejvyšší správní soud se proto dále mohl věcně zabývat uplatněnými kasačními námitkami.

IV.4 K významu změny technických podmínek

[47] Úvodem soud poznamenává, že právní úprava veřejných zakázek rozlišovala a rozlišuje s různými odchylkami typově tři situace změn zadávacích podmínek. Nejzávažnější změnu zadávacích podmínek představuje taková změna, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Zadavatel je v takovém případě povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek alespoň o celou původní délku lhůty (§ 40 odst. 3 věta druhá zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném od 1. 4. 2012 a § 99 odst. 2 věta druhá zákona o zadávání veřejných zakázek). Druhou situaci představují změny, které sice nemohou rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, avšak jejich povaha vyžaduje, aby zadavatel přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek (§ 40 odst. 3 věta první zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném od 1. 4. 2012 a § 99 odst. 2 věta první zákona o zadávání veřejných zakázek). Konečně podle § 99 odst. 2 věty první zákona o zadávání veřejných zakázek mohou existovat i takové změny, jejichž povaha nevyžaduje, aby zadavatel přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Nejvyšší správní soud se v tomto rozsudku mohl zabývat pouze prvním typem změny zadávacích podmínek, tedy tím, zda stěžovatel změnou technických podmínek dodatečnými informacemi mohl rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Právě na tomto typu změny zadávacích podmínek totiž postavil svá východiska krajský soud (bod 48 napadeného rozsudku).

[48] Stěžovatel namítá, že při posouzení, zda změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, je třeba zohlednit význam změny dílčích technických parametrů. Je-li zanedbatelný, pak je vyloučeno, aby mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení.

[49] Jak uvedl Nejvyšší správní soud v bodě [37] výše, krajský soud dospěl k implicitnímu závěru, podle kterého jakákoliv změna technických parametrů v zadávacích podmínkách, minimálně pokud jde o snížení standardu, může vést ke změně v okruhu účastníků zadávacího řízení. K obdobnému závěru dospěly rovněž správní orgány (bod [43] výše). Nejvyšší správní soud však s tímto závěrem nesouhlasí. Má totiž za to, že někdy

pokračování

nevýznamné změny dílčích technických parametrů, byť případně půjde i o snížení požadavků, nepovedou ke změně v okruhu možných účastníků zadávacího řízení, a to z níže uvedených důvodů.

[50] Většinou bude skutečně platit, že dojde-li ke změně technických podmínek, lze předpokládat, že změnou mohlo dojít ke změně v okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Technické podmínky poptávaného plnění totiž do jisté míry vždy předurčují, kteří dodavatelé se zadávacího řízení zúčastní a to nejen z hlediska dostupnosti plnění, ale i z pohledu jeho výhodnosti pro jednotlivé dodavatele. Z tohoto pravidla však budou existovat výjimky v případě, kdy změna technických parametrů je natolik marginální, že je prakticky vyloučeno, aby došlo ke změně okruhu možných účastníků zadávacího řízení.

[51] Zadavatel může změnit zadávací dokumentaci tak, že upraví pouze dílčí technický parametr (tedy nikoliv významný vzhledem k celkovému rozsahu zakázky) požadovaného plnění na jiný parametr, který však s ohledem na svou standardnost či běžnou dostupnost nebude schopen změnit okruh možných dodavatelů, a to i pokud půjde o snížení požadovaného standardu. Například by u zakázky na dodávku na míru vyráběného kancelářského nábytku upravil výšku některých požadovaných stolů ze 100 cm na 95 cm, požadoval by u několika málo kusů na překližce místo dekoru dub dekor smrk nebo místo nerezového spojovacího materiálu běžný materiál. V takovém případě bude zpravidla okruh účastníků, kteří se mohou zúčastnit zadávacího řízení, stejný i po změně zadávací dokumentace, a to i když je změnou snížen (nebo naopak zvýšen) standard požadovaného plnění. Stejná množina dodavatelů je proto schopná dodat požadované plnění před i po změně zadávací dokumentace. V uváděném příkladu totiž veřejná zakázka před i po změně zadávací dokumentace nadále míří na běžné truhláře, kteří disponují zcela běžně dostupnými rozměry materiálu, druhy dekoru a spojovacího materiálu. To platí i tehdy, kdy dojde ke snížení požadavků, tedy v uváděném příkladu se rozšíří možnost použití spojovacího materiálu z nerezového na běžný. Změna v dílčím technickém parametru požadovaného plnění je v takovém případě natolik marginální, že požadované plnění je schopný dodat kterýkoliv dodavatel z daného okruhu možných účastníků zadávacího řízení.

[52] Rozdílná je situace, kdy zadavatel změní určitý technický parametr, byť třeba stále půjde o menší část zakázky, který původně nebyl zcela standardní, na jiný, výrazně dostupnější. Například nově by byl poptáván jen běžný kancelářský nábytek, ačkoliv původně byl částečně požadován i nábytek umělecky zdobený ručním vyřezáváním nebo by šlo o změnu materiálu z mahagonového masivu na překližku. Okruh dodavatelů se však může změnit nejen při snížení standardu, ale třeba při změně specifických materiálů za jiné specifické materiály nebo naopak při zvýšení standardu, pokud například existují dodavatelé, kteří se specializují na kvalitnější zboží a zboží nižší kvality běžně nedodávají. V takovém případě je okruh možných účastníků zadávacího řízení dán tím, kteří dodavatelé jsou schopni požadované plnění s daným specifickým technickým parametrem poskytnout, případně za pro ně jinak výhodných podmínek. Dojde-li v tomto případě ke změně technického parametru, změní se i okruh možných účastníků zadávacího řízení. Ne každý dodavatel je totiž schopen dodat plnění právě s požadovaným specifickým technickým parametrem (někteří truhláři nemusí zdobit nábytek ručním vyřezáváním a

jiní naopak ano). Případně postačí i to, že se zakázka díky změně technické podmínky stane pro některé dodavatele atraktivnější, než byla předtím, což může ovlivnit jejich rozhodnutí, zda se zadávacího řízení zúčastní.

[53] Pro posouzení, zda je změna v dílčím technickém parametru marginální, může jako doplňkové kritérium hrát roli i hledisko celkové velikosti veřejné zakázky. Je totiž rozdíl mezi tím, zda je předmětem veřejné zakázky plnění v hodnotě řádu desítek či stovek milionů Kč (například stavební práce), které je reálně schopné dodat pouze úzká skupina dodavatelů s ohledem na rozsah požadovaného plnění, nebo zda jde o veřejnou zakázku s nízkou předpokládanou hodnotou. V případě rozsáhlé veřejné zakázky má dílčí změna v technických parametrech mnohem menší váhu k celkovému objevu veřejné zakázky, než tomu je u menší veřejné zakázky, u které se může jednat s ohledem na hodnotu plnění o změnu významnou. To je však třeba posoudit vždy s ohledem na konkrétní okolnosti dané veřejné zakázky. I u velké veřejné zakázky totiž může i jen dílčí změna v technických parametrech ovlivnit okruh možných účastníků zadávacího řízení, jestliže by se týkala například specifického či unikátního plnění. Doplňkovým kritériem může být i to, zda se se již jedná o uzavření smlouvy o konkrétním plnění, nebo některého z instrumentů, které nastavují pouze rámcový vztah, z něž ještě nevzniká bezprostřední závazek. Může jít například o uzavření rámcové dohody, u které budou navazující smlouvy uzavřeny s obnovením soutěže (aktuálně § 132 odst. 3 a § 135 zákona o zadávání veřejných zakázek). V takovém případě totiž bude změna technických podmínek hrát z povahy věci zpravidla nižší roli, protože dodavatelé budou mít většinou mnohem delší čas se takové podmínce přizpůsobit a ne vždy musí navazující zakázky zahrnovat plnění, kterého se změněná technická podmínka týkala.

[54] Nejvyšší správní soud tak dospěl k závěru, že změnou technických podmínek zpravidla dojde ke změně v okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Pokud však půjde o méně významnou změnu technické podmínky, u které bude platit, že původní i nově požadované plnění mohou dodavatelé bez obtíží zaměnit (například s ohledem na běžnou dostupnost obou materiálů na trhu) a změna nebude způsobit ovlivnit jejich zájem o veřejnou zakázku, takto marginální změna technických podmínek nemůže ovlivnit možný okruh dodavatelů.

[55] Z výše uvedeného vyplývá, že význam změny technické podmínky může hrát v určitých případech důležitou roli pro určení, zda mohlo dojít jeho změnou k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení či nikoliv, jak důvodně namítl stěžovatel. Protože krajský soud nesprávně posoudil tuto právní otázku, zatížil napadený rozsudek vadou nezákonnosti, pro kterou je třeba jej zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

[56] Je proto potřeba, aby se krajský soud zabýval tím, zda změna technických parametrů v nyní projednávané věci je natolik marginální, že je prakticky vyloučeno, aby došlo k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Vyřešení této otázky je klíčové proto, zda obстоjí závěr správních orgánů, že neprodloužením lhůty pro podání nabídek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení (body [40] a [42] výše). Bylo by proto v tuto chvíli předčasné zrušit rovněž rozhodnutí předsedy žalovaného. Dospěl-li by totiž krajský soud k tomu, že změna technických parametrů mohla vést k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, pak by obstál nosný

pokračování

důvod správních orgánů, pro který shledaly, že se stěžovatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[57] Dospěl-li by krajský soud k závěru, že změna technických parametrů nemohla vést k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, bude namíste, aby se dále zabýval tím, zda správní orgány nespátrovaly naplnění správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách jednáním stěžovatele i v jiném důvodu a zda tento důvod obстоjí. Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti totiž uvedl, stávající dodavatelé zároveň neměli dostatek času pro úpravu svých nabídek. Touto otázkou se však Nejvyšší správní soud nyní nemohl pro předčasnost zabývat. Je totiž třeba nejprve postavit najisto, zda změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, což byl zjevně primární důvod, pro který správní orgány dospěly k závěru, že stěžovatel mohl postupem v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (body [40] a [42] výše) a zároveň důvod, na němž krajský soud dospěl k závěru, že pozdější právní úprava není pro stěžovatele příznivější. Jestliže by tento nosný důvod odpadl, pak by bylo na krajském soudu, aby posoudil, zda nadále obстоjí závěr správních orgánů o tom, že se stěžovatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, a to z jiného důvodu, a zda se v takovém případě nepoužije stěžovatelem namítaný § 99 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[58] Nejvyšší správní soud tak uzavírá, že se krajský soud se bude v dalším řízení zabývat významem změněných technických parametrů ve vztahu k příslušným částem veřejné zakázky, a to ve světle výše uvedených úvah (body [50] až [54] toho rozsudku). Krajský soud se v této souvislosti bude muset vypořádat s tvrzením stěžovatele, že poptávaná výpočetní technika byla na trhu běžně dostupná a že se změny dotkly pouze dílčích komponentů, které byly podle stěžovatele marginální a to i s ohledem na to, že šlo o uzavření rámcových smluv, nikoliv přímých smluv na plnění. V této souvislosti se bude muset zabývat potvrzeními společností C SYSTEM CZ a IBM Česká republika o běžné dostupnosti výrobků, které stěžovatel navrhl k důkazu. Nejvyšší správní soud v tuto chvíli nehodnotí, na kolik je tento důkazní návrh relevantní. Tuto otázku si bude muset posoudit nejprve krajský soud v dalším řízení. Stejně tak posoudí, zda ze znaleckého posudku předloženého stěžovatelem ve správním řízení nevyplývají informace důležité pro posouzení významu změněných technických parametrů. Stěžovatel totiž v žalobě namítl, že z něj vyplývá, že se nelze domnívat, že by jednotlivými technickými parametry byla zvýšena složitost či dotčen charakter původní veřejné zakázky.

IV.5 Obrožovací forma správního deliktu

[59] Krajský soud v bodě 52 napadeného rozsudku vyšel z předpokladu, že ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách stačí pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a tedy také pouhá možnost rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Žalovaný proto není povinen prokázat, že existoval konkrétní dodavatel, který by se zadávacího řízení zúčastnil, kdyby stěžovatel postupoval správně. Odkázal v tomto směru na rozsudek *Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje*.

[60] Stěžovatel s těmito závěry nesouhlasí. Namítá, že judikatura správních soudů, která se zabývá výkladem ohrožovacích deliktů a důkazním břemenem zadavatele, je neudržitelná a protiústavní. Popírá totiž požadavek na zjišťování materiální pravdy a zásadu v pochybnostech ve prospěch obviněného (*in dubio pro reo*). Nepřiměřeným přenášením důkazního břemen na stěžovatele dochází k tomu, že žalovaný nemusí své závěry opírat o jakákoliv skutková zjištění a důkazy. Tato námitka není důvodná.

[61] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách platilo, že *zadavatel se 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.*

[62] Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 25. 7. 2013, čj. 9 Afs 78/2012-28, Národní bezpečnostní úřad, dospěl k závěru, že ze zákonného znění § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách výslovně plyne, že „*ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.*“ K dokonání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) tohoto zákona proto postačí pouhé ohrožení právem chráněného zájmu (rozsudek NSS ze dne 13. 10. 2015, čj. 8 As 50/2015-39, Lesy ČR, bod 18). Žalovaný proto nemusí prokazovat, že existoval konkrétní dodavatel, který se nemohl zúčastnit veřejné zakázky proto, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem (bod 26 rozsudku Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje). Postačí, pokud učiní kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a tedy k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku (rozsudek NSS ze dne 18. 8. 2016, čj. 9 As 63/2016-43, Lesy ČR II, bod 46).

[63] Nejvyšší správní soud nesouhlasí se stěžovatelem, že by závěry výše citované judikatury ohledně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách byly protiústavní a neudržitelné. To, že jde o ohrožovací delikt, u kterého stačí pouhé ohrožení právem chráněného zájmu, vyplývá přímo ze zákona. Nejde o požadavek dovozený judikaturou, nýbrž o požadavek zákonodárce. Ten chtěl sankcionovat rovněž i takové jednání, kterým dojde k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku tím, že zadavatel nedodržením postupu stanoveným zákonem o veřejných zakázkách mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Na tom není nic protiústavního. Je v rukou zákonodárce, aby stanovil, jaké jednání považuje za společensky škodlivé, a tedy právně postižitelné. Důsledkem toho, že jde o ohrožovací delikt, pak nutně je to, že žalovaný nemusí prokázat, že skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úvaha, zda změna zadávacích podmínek mohla ovlivnit okruh možných účastníků zadávacího řízení je do určité míry pravděpodobností úvahou, stejně jako v případě posouzení, zda porušení zákona o veřejných zakázkách mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (bod [62] výše). Proto již ve fázi hodnocení, zda změna zadávacích podmínek mohla ovlivnit okruh možných účastníků zadávacího řízení, je třeba, aby správní orgán učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku změny zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení. Tuto úvahu správní orgány provedly. Zjevně totiž jakoukoliv změnu v dílčích technických

pokračování

parametrech považovaly za změnu zadávacích podmínek, která v první řadě mohla mít vliv na okruh možných účastníků zadávacího řízení (body [40] a [42] výše).

[64] Tato úvaha byla sice částečně chybná, jak soud uvedl výše, ale přesto by mohlo rozhodnutí žalovaného obstát. Tak by tomu mohlo být v první řadě tehdy, pokud by krajský soud po posouzení významu změněných dílčích technických prvků dospěl k závěru, že stěžovatel změnou zadávacích podmínek mohl rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Mohlo by jít i o další situaci, kterou se Nejvyšší správní soud v tuto chvíli nemohl pro předčasnost zabývat. Jde o to, zda žalovaný opřel svou úvahu o tom, že změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, i o jiný důvod než o možné ovlivnění okruhu možných účastníků zadávacího řízení (bod [57] výše). Dospěl-li by proto krajský soud k závěru, že změna zadávacích podmínek nemohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, bude na něm, aby posoudil, zda podle správních orgánů stěžovatel změnou zadávacích podmínek mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky rovněž z jiného důvodu a zda v tomto ohledu kvalifikovaná úvaha správních orgánů ob stojí.

[65] Závěry uvedené v bodě [63] výše však neznamenají, že se zde neuplatní zásada materiální pravdy a zásada v pochybnostech ve prospěch obviněného. Je na žalovaném, aby zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti (§ 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád), a na základě takto zjištěného skutkového stavu věci učinil kvalifikovanou úvahu, proč má za to, že změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, a že tedy zároveň mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Jestliže by však na základě zjištěného skutkového stavu nešlo tuto kvalifikovanou úvahu učinit, pak by bylo namísto rozhodnout v souladu se zásadou *in dubio pro reo* ve prospěch zadavatele. Je ale i na zadavateli, aby v řízení o správním deliktu byl procesně aktivní a navrhl takové důkazy, které relevantně zpochybní úvahy žalovaného o tom, že změnou zadávacích podmínek mohlo dojít k rozšíření okruhu možných účastníků zadávacího řízení, a že tedy zároveň mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

[66] Nejvyšší správní soud se však v tuto chvíli nemohl zabývat tím, zda důkazní návrhy stěžovatele v nyní projednávané věci dostatečně zpochybňují závěry žalovaného o tom, že neprodloužením lhůty pro podání nabídky mohlo dojít ke změně v okruhu možných účastníků zadávacího řízení, neboť bude na krajském soudu, aby se touto otázkou zabýval v dalším řízení (bod [58] výše).

[67] Nejvyšší správní soud se nezabýval ani námitkou ohledně vlivu řízení o správním deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách na řízení o uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně. To, zda výsledek řízení o správním deliktu může mít vliv pro řízení o uložení odvozu za porušení rozpočtové kázně, je pro nyní projednávanou věc zcela bezpředmětné. Předmětem řízení je totiž prezkum zákonnosti rozhodnutí žalovaného o správním deliktu, nikoliv rozhodnutí o odvodu za porušení rozpočtové kázně.

V. Závěr a náklady řízení

[68] Nejvyšší správní soud z výše uvedených důvodů dospěl k závěru, že je kasační stížnost důvodná. Zrušil proto napadený rozsudek podle § 110 odst. 1 věty první s. ř. s. a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení. V něm je v souladu s § 110 odst. 4 s. ř. s. vázán právními závěry uvedenými v tomto rozsudku, a to zejména v bodech [56] až [58] výše.

[69] Nejvyšší správní soud pro účely dalšího řízení podotýká, že stěžovatel v kasační stížnosti relevantně nezpochybnil závěr krajského soudu, podle kterého dodatečnými informacemi došlo ke změně zadávací dokumentace, nikoliv pouze k jejímu zpřesnění.

[70] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne v souladu s § 110 odst. 3 větou první s. ř. s. krajský soud v novém rozhodnutí.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 13. září 2023

Petr Mikeš
předseda senátu