

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobce: **město Žatec**, se sídlem náměstí Svobody 1, Žatec, zastoupen JUDr. Tomášem Těmínem, Ph.D., advokátem se sídlem Karlovo náměstí 28, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 11. 2016, č. j. ÚOHS-R0164/2016/VZ-44305/2016/321/EDo, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 6. 2018, č. j. 62 Af 2/2017 – 79,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobce jako veřejný zadavatel zadával veřejnou zakázku „Rekonstrukce dopravního terminálu v Žatci“. V souvislosti s touto veřejnou zakázkou nejprve vedl Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „úřad“) správní řízení zahájené na návrh

společnosti EUROVIA CS, a. s., které však bylo rozhodnutím ze dne 16. 12. 2014 zastaveno pro zpětvzetí návrhu.

[2] Úřad posléze ve věci stejné veřejné zakázky zahájil řízení z moci úřední, v rámci kterého vydal dne 17. 5. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0046/2016/VZ-21352/2016/512/LV, jímž uložil žalobci pokutu ve výši 200.000 Kč za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel zásadu zákazu diskriminace (§ 6 odst. 1 tohoto zákona), což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce totiž vymezil v části 8 kvalifikační dokumentace minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) uvedeného zákona, tj. seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, tak, že požadoval seznam stavebních prací čítající: I.) minimálně jednu realizaci stavebních prací obdobného charakteru jako je předmět plnění zakázky – jeho část, tj. výstavba jakékoliv pozemní budovy, u které musí uchazeč doložit, že se jednalo o objekt kruhového půdorysu s monolitickým železobetonovým stěnovým konstrukčním systémem založeným na železobetonových pilotách ve finančním objemu realizovaného objektu min. 5.000.000 Kč bez DPH za každou zakázku, a současně II.) minimálně jednu realizaci stavebních prací obdobného charakteru jako je předmět plnění zakázky – jeho část, tj. výstavba krytého nástupiště nebo jiné stavební práce obdobného charakteru (např. tribuna), u které musí uchazeč doložit, že stavba byla založena na pilotách a zastřešení bylo minimálně v rozsahu 200 m^2 u každé zakázky. Tímto žalobce provedl kombinaci určitého půdorysu stavby a určitého typu stavby dohromady s určitým druhem základů a nedůvodně tak spojil požadavky na několik různých stavebních činností do jediné reference, aniž by provázanost těchto činností byla odůvodněna.

[3] Žalobce brojil proti rozhodnutí úřadu rozkladem, který předseda úřadu (dále jen „žalovaný“) v záhlaví specifikovaným rozhodnutím zamítl a potvrdil tak závěry úřadu o spáchání deliktu.

[4] Rozhodnutí žalovaného napadl žalobce žalobou, kterou krajský soud zamítl. Konstatoval, že žalovaný se dostatečně zabýval materiální stránkou správního deliktu, která byla v posuzované věci naplněna. Soud nepřisvědčil žalobci, že měl úřad již dříve meritorně posoudit (s ohledem na zásadu oficiality) jeho postup v zadávacím řízení, a to na základě návrhu na zahájení řízení, které bylo posléze zastaveno. Za důvodné nepovažoval soud ani námitky směřující proti samotnému nastavení kvalifikace v zadávací dokumentaci. Žalobce totiž pouze zpochybnil závěry znaleckého posudku, který si nechal úřad za účelem posouzení věci vypracovat, aniž by pro své úvahy předložil nějaký odborný podklad. Úřad dle krajského soudu závěry znaleckého posudku správně vyhodnotil a vysvětlil, co ho vedlo k právnímu závěru nepřiměřenosti požadované reference. Žádné pochybení neshledal soud ani v souvislosti s uloženou pokutou.

II. Důvody kasační stížnosti

[5] Žalobce (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu

správního (dále jen „s. ř. s.“), a navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a vrátil věc krajskému soudu k dalšímu řízení.

[6] První část kasační argumentace směřuje proti otázce dostatečnosti posouzení materiální stránky správního deliktu. V tomto ohledu je dle stěžovatele napadený rozsudek dílem nezákonný a dílem nepřezkoumatelný. Přístup soudu spočívající v tom, že každé naplnění formální stránky správního deliktu s sebou zpravidla nese i naplnění materiální stránky, je nesprávný a v rozporu se zákonem i judikaturou Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 27/2008 – 46). Pokud soud dospěl k závěru, že nepřiměřeně přísné nastavení kvalifikace již ze své podstaty omezení konkurenčního prostředí mezi dodavateli vyvolává, pak se nejedná o materiální stránku deliktu, nýbrž o stránku formální. Stěžovateli byla uložena pokuta, aniž by úřad či žalovaný vedl řádnou úvahu nad vznikem jeho odpovědnosti za spáchání správního deliktu, přičemž krajský soud tuto zjevnou nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí přehlédl a navíc ji „nahradil“ výše uvedenou vlastní obecnou úvahou. Podle stěžovatele je vedle naplnění formálních znaků deliktu třeba posuzovat i další významné okolnosti (viz rozsudek KS ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 - 40), které však správní orgány v posuzované věci nezjišťovaly. Zcela absurdní je argumentace krajského soudu, že za „další významnou okolnost“ nelze považovat renomovanost uchazečů o veřejnou zakázku, protože kritériem renomovanosti stěžovatel neargumentoval, naopak brojil proti jeho použití úřadem. Soud nemůže žalobci vytýkat, že tuto argumentaci použil, neboť by tak v podstatě negoval nesprávný postup úřadu a přičetl jej přímo stěžovateli.

[7] Druhý okruh kasační argumentace se týká uplatnění zásady oficiality. Konkrétně stěžovatel zpochybnil závěr soudu, že úřad nemusel uložit (ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku) stěžovateli nápravné opatření, neboť nezabýval-li se v předchozím řízení zahájeným na návrh meritorně otázkou nastavení kvalifikace, nemuselo mu vzniknout důvodné podezření z porušení zákona. V souladu se zásadou oficiality se totiž úřad musí zabývat všemi návrhy, podněty apod., které musí analyzovat, a stíhat všechny delikty, o nichž se dozví. Žalovaný má minimálně podíl na spáchání správního deliktu, protože včas nezasáhl a neuložil stěžovateli nápravné opatření, ačkoliv mu v tom nic nebránilo. To mělo být zohledněno při posuzování odpovědnosti za správní delikt, případně při výměře pokuty. Krajským soudem uváděné rozsudky sp. zn. 5 As 74/2015 a 5 Ans 5/2009 na tuto věc nedopadají.

[8] Třetí okruh kasačních námitek napadá posouzení věcné stránky případu a použití znaleckého posudku Vysokého učení technického, fakulty stavební. Stěžovatel s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, zdůraznil, že pojem zjevné nepřiměřenosti není vymezitelný obecnou právní definicí a jako právní pojem je značně pružný. Nemůže proto existovat pouze extrémní stav „soulad/excesivní nesoulad“, ale s ohledem na konkrétní okolnosti případu může existovat vícero stupňů nesouladu. Každé kvalifikační předpoklady jsou přitom pro určitou část dodavatelů nutně diskriminační, avšak je nutno zkoumat, zda míra diskriminace je již excesivní. Zcela obecné otázky položené znaleckému ústavu však uvedené judikatorní východisko nesledovaly. Závěr krajského soudu, že v posuzované věci došlo k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, nemůže vzhledem ke své obecnosti a nerespektování judikatury obstát.

[9] Stěžovatel dodal, že není povinen prokazovat nesprávnost odborných závěrů znaleckého posudku, a to předložením vlastního znaleckého posudku. Krajský soud tímto názorem opět nerespektuje zásadu oficiality. Pokud správní orgán nemá k dispozici dostatek důkazů, nebo jsou tyto důkazy nedostatečné, musí v duchu zásady *in dubio pro reo* zprostit obviněného obvinění. Správní orgány mylně vycházely z představy, že řízení o správním deliktu je řízením vedeným dle zásady projednací, a nezabývaly se tím, zda znalecký posudek obstojí a jestli obsahuje přezkoumatelné závěry. Pokud krajský soud uvedl, že žalovanému nepříslušelo hodnotit správnost znaleckého posudku, je tento závěr v rozporu s judikaturou Ústavního soudu, dle které musí být znalecký posudek podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti (viz nález ÚS ze dne 30. 4. 2007, sp. zn. III. ÚS 299/06). Pokud tedy krajský soud celou související rozsáhlou žalobní argumentaci vypořádal tím, že stěžovatel měl předložit vlastní znalecký posudek, je taková argumentace nepřípustná a způsobuje nezákonnost i nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Soud nesprávně odmítl potřebu vypracovat revizní znalecký posudek, který by již byl přezkoumatelný, věcně správný a obsahoval by odborné závěry. Rozhodnutí o správním deliktu je tedy nezákonné, neboť ačkoliv stěžovatel zpochybnil odbornost a hodnověrnost znaleckého posudku, z něhož správní orgán výhradně vycházel (šlo prakticky o jediný důkaz), nový znalecký posudek zpracován nebyl.

[10] Poslední část kasační argumentace směřuje proti uložené pokutě. Stěžovatel považoval za zcela nepřípustnou a alibistickou argumentaci krajského soudu, že za přitěžující okolnost může být brána skutečnost, že stěžovatel byl již na diskriminační charakter zadávacích podmínek upozorněn dvěma uchazeči. Soud totiž na jednu stranu tvrdí, že toto řízení bylo zastaveno a je tedy nutné na něj hledět, jako by nikdy nebylo vedeno, ale na druhou stranu měl námitky uchazečů v tomto řízení stěžovatel vzít v potaz a upravit podle nich zadávací dokumentaci. Pokud navíc bylo předchozí řízení zastaveno a úřad nezahájil z moci úřední řízení o správním deliktu, tak mohl stěžovatel legitimně očekávat, že podané námitky nejsou důvodné. Krajský soud navíc zcela pominul jeho návrh dle § 78 odst. 2 s. ř. s., aby rozhodl o upuštění od uložené pokuty, případně aby uloženou pokutu snížil.

III. Vyjádření žalovaného

[11] Žalovaný ve svém vyjádření uvedl, že o materiální stránce deliktu bylo v rozhodnutí úřadu a napadeném rozsudku krajského soudu pojednáno zcela dostatečně. Stěžovatel ani neuvedl žádnou konkrétní okolnost, která by vyvrátila, že k omezení hospodářské soutěže vlivem jeho postupu skutečně došlo. Námitka týkající se renomovanosti uchazečů o veřejnou zakázku je zmatečná a v konečném důsledku zcela irelevantní. Již ve správním řízení stěžovatel argumentoval v tom smyslu, že jím nastavené podmínky nelze považovat za příliš diskriminační, neboť pokud je mohla splnit veřejnosti neznámá společnost HERKUL a. s., tak je mohly splnit i renomované společnosti. Krajský soud v rozsudku navázal na odůvodnění rozhodnutí úřadu, že pro naplnění materiální stránky deliktu není rozhodné, které společnosti se zadávacího řízení účastnily a které nikoliv.

[12] Dále žalovaný zdůraznil, že správní řízení u úřadu není ovládáno výhradně zásadou oficiality, ale rovněž v nijak umenšené míře zásadou dispoziční, a to v případě správních řízení zahajovaných na návrh účastníka řízení. Praxe, jakou naznačuje stěžovatel, tedy, že by se úřad musel meritorně zabývat podaným návrhem, i když byl vzat zpět a navrhovateli byla z toho důvodu vrácena kauce (jež je součástí podání návrhu), by tak z každého takového návrhu činila podnět a placení kauce spolu s podaným návrhem by tak ztratilo svou funkci. Úřad proto postupoval správně, pokud po zastavení správního řízení po zpětvzetí návrhu nepřikročil k jeho meritornímu přezkumu z moci úřední.

[13] Pokud chtěl stěžovatel zpochybnit znalecký posudek, který si úřad nechal vyhotovit, neboť nedisponoval dostatkem odborných znalostí, měl splnit nejen svou povinnost tvrzení, ale i povinnost důkazní, což však neučinil. Úřad přitom neměl o závěrech znaleckého posudku žádnou pochybnost.

[14] V souvislosti s uloženou pokutou žalovaný odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu týkající se správního uvážení při ukládání pokut a poznamenal, že v posuzované věci byly požadavky na uložení peněžité sankce za správní delikt dostatečně naplněny.

[15] Vzhledem k výše uvedenému žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost pro její nedůvodnost zamítl.

IV. Replika stěžovatele

[16] Stěžovatel v reakci na vyjádření žalovaného uvedl, že žalovaný stále patřičně nerozlišuje materiální a formální stránku správního deliktu. Vůbec se totiž nezabýval tím, zda ona konkretizace požadavků a zúžení soutěže dosahuje za daných okolností takové intenzity, že je třeba takové jednání sankcionovat jako správní delikt. Stěžovatel též připomněl, že poprvé zmiňoval kritérium renomovanosti v rozkladu proti rozhodnutí úřadu, kde poukázal na nesmyslnost teorie žalovaného o renomovanosti uchazečů a o možném ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

[17] V souvislosti se zásadou oficiality stěžovatel zdůraznil, že úřad může zahájit správní řízení i z moci úřední, a argument popřením významu kauce tak nemá jakýkoliv reálný smysl. Již v předchozím řízení měl přitom úřad evidentně závažné pochybnosti o postupu stěžovatele v zadávacím řízení, protože vydal dne 13. 11. 2014 předběžné opatření, kterým zakázal uzavření smlouvy o dílo do doby, než bude případ řádně prošetřen. Úřad navíc zahájil řízení z moci úřední pro podezření ze spáchání správního deliktu na základě identických skutečností a okolností, které byly uvedeny v návrhu společnosti EUROVIA CS, a. s. v roce 2014.

[18] Rozporovaný znalecký posudek dle stěžovatele obsahuje toliko osobní názor jeho zpracovatelů, což je nepřípustné. Znalec měl vycházet z odborných podkladů, z literatury apod., aby vysvětlil, jaký je reálný rozdíl mezi jednotlivými způsoby provádění staveb a z čeho tedy dovozuje, že jednotlivé způsoby jsou v zásadě totožné a není zapotřebí zvláštních dovedností či zkušeností. Znalecký posudek ovšem působí jako hrubě neodborný. Na první pohled je nelogický a neodborný závěr znalce, že je v podstatě jedno,

co se nachází v základech (piloty x železobetonové pasy), protože realizace nadzemních konstrukcí je přímo závislá na konstrukční vrstvě ukončující hlavy pilot, nikoliv na samotných pilotách. Podle tohoto závěru by totiž mohla být bez problému stopatrová budova postavena na základech hlubokých 0,5 metru, neboť stavebník by mohl tvrdit, že ho prostor pod konstrukční vrstvou ukončující základy nemusí zajímat. Stěžovatel vysvětlil, že piloty rozhodně nejsou klasickým běžným způsobem zakládání staveb, proto byly kvalifikační předpoklady stanoveny tak, aby se do výběrového řízení hlásili pouze zhotovitelé s patřičnými zkušenostmi z hlubinného zakládání. Znalecký posudek neobsahuje patřičné odborné posouzení, a proto jsou jeho závěry neodborné a nepoužitelné. Byť stěžovatel zpochybnil odbornost a hodnověrnost znaleckého posudku, z něhož žalovaný výhradně vycházel, nový posudek nebyl zpracován, což v konečném důsledku znamená nezákonnost rozhodnutí o správním deliktu.

[19] V souvislosti s uloženou pokutou stěžovatel připomněl, že její výše nebyla dostatečně odůvodněna.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[20] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení. Zjistil, že kasační stížnost má požadované náležitosti a je projednatelná.

[21] 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*“.

[22] Podle § 6 odst. 1 tohoto zákona je zadavatel „*povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*“.

[23] Podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách „[k] *prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně*“. Podle odstavce 4 tohoto ustanovení je veřejný zadavatel „*oprávněn požadovat prokázání splnění jednoho či více technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 3. Spočívá-li veřejná zakázka v plnění odpovídajícím více druhům veřejných zakázek podle § 8 až 10, je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 3 v přiměřeném rozsahu pro každý druh zvlášť*.“

[24] Stěžovatel činí spornou otázku, zda jeho postup v zadávacím řízení spočívající v nastavení určitých kvalifikačních předpokladů (požadovaných referencí) naplňuje znaky správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Zejména stěžovatel namítá, že správní orgány spáchání tohoto deliktu nedostatečně odůvodnily a vycházely z nedostatečně zjištěného skutkového stavu.

[25] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval otázkou, zda správní orgány dostatečně posoudily materiální stránku deliktu [viz kap. V.a)]. Dále se věnoval kasační argumentaci zdůrazňující zásadu oficiality, na základě níž měl úřad zahájit správní řízení z moci úřední již na základě návrhu společnosti EUROVIA CS, a. s., bez ohledu na to, že řízení zahájené na její návrh bylo pro zpětvzetí tohoto návrhu zastaveno [kap. V.b)]. Poté se soud zabýval věcným posouzením stěžovatelova jednání a použitelností znaleckého posudku, z něhož úřad vycházel při hodnocení oprávněnosti požadavků stěžovatele na tzv. reference [kap. V.c)]. Nakonec se věnoval námitkám směřujícím proti uložené pokutě [kap.V.d)]. Dospěl přitom k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

V.a) Posouzení materiální stránky deliktu

[26] Z právní úpravy, doktríny i ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu vyplývá, že podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu s právem. K jeho trestnosti však nepostačuje, že po formální stránce vykazuje znaky skutkové podstaty deliktu, pokud zároveň není jednáním společensky nebezpečným (škodlivým). Aby tedy mohlo být určité protiprávní jednání kvalifikováno jako správní delikt, musí být kromě formálních znaků naplněna i materiální stránka deliktu – jednání musí vykazovat určitou míru společenské nebezpečnosti ve vztahu k porušené povinnosti, stanovené zákonem na ochranu odpovídajících hodnot (srov. např. rozsudky NSS ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007 - 135, č. 1338/2007 Sb. NSS, ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 27/2008 - 46, ze dne 19. 9. 2013, č. j. 7 As 88/2013 - 28).

[27] Zároveň však Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací praxi dovodil, že „[i] *přesto, že jsou správní orgány povinny konkrétní společenskou nebezpečnost deliktu zkoumat, není zpravidla nutno, aby se jí explicitně zabývaly i při odůvodňování svých rozhodnutí. V zásadě totiž platí, že materiální stránka správního deliktu je dána již naplněním skutkové podstaty deliktu. Až ve chvíli, kdy je z okolností případů jasné, že existují takové výjimečné skutečnosti, jejichž nezohlednění by vedlo k výsledku zjevně rozpornému s účelem a funkcí správního trestání (tedy ve chvíli, kdy konkrétní společenská nebezpečnost nedosahuje ani minimální hranice typové nebezpečnosti), musí se intenzitou konkrétní společenské nebezpečnosti zabývat i v odůvodnění*“ (viz rozsudek ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011 – 62). Závěr krajského soudu, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za správní delikt, naplňuje v běžně se vyskytujících případech materiální znak správního deliktu, neboť porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti, tedy nijak nevybočuje ze stávajících judikaturních pravidel.

[28] V posuzované věci správní orgány a posléze i krajský soud dostatečně a srozumitelně odůvodnily, proč byly v dané věci naplněny materiální znaky správního deliktu. Z napadených správních rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že společenská škodlivost stěžovatelova jednání byla dána přílišnou konkretizací požadavků na tzv. reference [§ 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách], která vedla k neodůvodněnému zúžení soutěže o získání zakázky a tím k nepřípustné diskriminaci. Správní orgány přitom neshledaly, že by se k okolnostem jednání stěžovatele přidružily ještě jiné významné okolnosti, které by vylučovaly porušení právem chráněného zájmu společnosti. Ani stěžovatel ostatně žádnou takovou okolnost neuváděl, pouze obecně namítal, že správní orgány měly takové okolnosti samy zjišťovat. Z jejich rozhodnutí je

však zřejmé, že neměly o společenské škodlivosti jednání stěžovatele pochyb. Nejvyšší správní soud se zároveň ztotožňuje s tím, že pokud požadavky stěžovatele jako zadavatele veřejné zakázky na dodání referencí omezovaly okruh dodavatelů nikoliv na ty, kteří jsou pro plnění předmětu zakázky odborně způsobilí, nýbrž pouze na ty, kteří už měli možnost v minulosti obdobná specifická plnění poskytovat, jedná se o nepřípustnou diskriminaci, kterou je nutno považovat za společensky škodlivou. V podstatě jakýmkoliv porušením zásady zákazu diskriminace je zcela jednoznačně ohrožen zájem společnosti na tom, aby byla hospodářská soutěž o veřejnou zakázku „co největší". Takové jednání tedy logicky naplňuje nejen formální, ale i materiální znaky správního deliktu.

[29] Krajský soud v napadeném rozsudku uvedl, že za okolnost, jež by mohla v posuzované věci prolomit závěr o naplnění materiálních znaků správního deliktu, nelze považovat ani fakt, že zadávacího řízení se podle stěžovatele vůbec neúčastnili „renomovaní" dodavatelé, zatímco „nerenomovaný" dodavatel se jej účastnil a zadávací podmínky splnil. Soud takto reagoval na žalobní námitku, podle níž byla společenská škodlivost jednání stěžovatele prakticky nulová právě mimo jiné z důvodu, že zadávací podmínky mohly splnit i renomované společnosti, které mají přirozeně daleko více zkušeností a referencí než nerenomované společnosti. Nijak tedy stěžovateli nevytýkal, že uvedenou argumentaci použil, pouze konstatoval, že ani tato skutečnost nemůže představovat onu významnou okolnost, která by svědčila o nenaplnění materiální stránky deliktu. Vysvětlil tak, že pro posouzení věci nebylo nijak podstatné, z jakých bezprostředních pohnutek se část dodavatelů zadávacího řízení vůbec neúčastnila nebo na základě čeho lze pokládat dodavatele za renomované. Nejvyšší správní soud souhlasí s tím, že uvedené skutečnosti nijak nesvědčí o tom, že by jednáním stěžovatele nebyl porušen nebo ohrožen výše uvedený zájem společnosti chráněný zákonem o veřejných zakázkách.

[30] Krajský soud tedy správně uzavřel, že správní orgány se dostatečně zabývaly materiální stránkou deliktu, kterou stěžovateli vytýkané jednání nepochybně naplňovalo. Napadený rozsudek tak v této části není nezákonný ani nepřezkoumatelný.

V.b) Uplatnění zásady oficiality

[31] Za nedůvodnou považuje Nejvyšší správní soud rovněž kasační námitku týkající se porušení zásady oficiality, kterého se měl úřad dopustit tím, že stěžovateli jako zadavateli předmětné zakázky neuložil nápravné opatření na základě informací, které získal z návrhu na zahájení správního řízení ve věci této veřejné zakázky (konkrétně se jednalo o návrh společnosti EUROVIA CS, a. s. ze dne 20. 10. 2014), jež bylo usnesením úřadu ze dne 16. 12. 2014 zastaveno pro zpětvzetí návrhu.

[32] Podle § 113 zákona o veřejných zakázkách může úřad zahájit řízení o přezkoumání úkonů zadavatele na návrh nebo z moci úřední, jestliže pro to v rámci svého správního uvážení shledá důvody, resp. nabude důvodné podezření o spáchání správního deliktu dle uvedeného zákona. Z judikatury Nejvyššího správního soudu zároveň vyplývá (jak uvedl i krajský soud), že neexistuje veřejné subjektivní právo určité osoby, kterému by odpovídala povinnost správního orgánu zahájit řízení. Takové právo přitom nezakládá ani podnět k zahájení řízení z moci úřední (srov. rozsudek NSS ze dne 19. 8. 2009, č. j. 8 Ans 6/2009 - 83, anebo ze dne 7. 5. 2010, č. j. 5 Ans 5/2009 - 139). Jinými slovy tak správnímu orgánu

nelze vytýkat, že na základě určitých informací, které měl zjevně k dispozici, příslušné správní řízení nezahájil, případně, že ho nezahájil co nejdříve.

[33] Ze skutečnosti, že úřad zastavil řízení zahájené na návrh z důvodu zpětvzetí tohoto návrhu, nelze dovozovat, že by neshledal v postupu zadavatele jakékoliv pochybení, neboť po zastavení řízení (které v posuzovaném případě nastalo nedlouho po jeho zahájení) již neměl povinnost se věcí meritorně zabývat. Stěžovateli tak v žádném případě nemohlo být založeno legitimní očekávání, že ho již úřad v budoucnu nebude v souvislosti s jednáním popsaným v návrhu na zahájení správního řízení sankcionovat. Právě informace uvedené v návrhu na zahájení řízení totiž mohly být podkladem pro zahájení správního řízení ve věci této veřejné zakázky z úřední povinnosti. Krajský soud však správně uvedl, že na zahájení řízení z moci úřední neexistuje právní nárok, a úřadu tak ani nelze vytýkat, že toto řízení nezahájil ještě před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, resp. nerozhodl o uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Skutečnost, že úřad zahájil správní řízení až dne 29. 1. 2016 na základě podnětu tak zcela jistě nelze chápat jako spoluúčast úřadu na spáchání správního deliktu.

V.c) Věcné posouzení, použití znaleckého posudku

[34] Vzhledem k tomu, že rozhodnutí ve věci záviselo na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, vyžádal si úřad pro hodnocení možné diskriminační povahy požadavků zadavatele (stěžovatele) na prokázání technických kvalifikačních předpokladů uchazečů ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (konkrétně požadavek na doložení tzv. reference) znalecký posudek od znaleckého ústavu – Vysoké učení technické v Brně, Fakulta stavební. Krajský soud shrnul, že ze znaleckého posouzení vyplynulo, že pro zhotovení nadzemní části stavebního objektu typu krytého nástupiště dopravního terminálu založeného na železobetonových pilotách nejsou kromě rozdílu v provedení pilot základového pasu zapotřebí žádné další schopnosti nebo znalosti, a tyto nadzemní části se tak budou realizovat dle standardních technologických postupů. Svislé nosné konstrukce navazují na železobetonové monolitické základové pasy a postup provádění stěn hrubé vrchní stavby tedy není založením na železobetonových pilotách nijak ovlivněn. Stavební připraveností je v tomto případě dokončená roznášecí konstrukce – tedy železobetonové monolitické základové pasy, nikoliv to, co je pod nimi. Podle posudku tedy platí, že osoby s prokazatelnými schopnostmi a zkušenostmi pro stavby běžných nekruhových objektů založených na železobetonových pilotách mohou být bez potíží považovány za osoby schopné zhotovit i objekt kruhového tvaru založený na železobetonových pilotách.

[35] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval námitkami směřujícími proti použitelnosti uvedeného znaleckého posudku. V této souvislosti připomíná, že správní orgán může po znalci vyžadovat zodpovězení otázek týkajících se skutkových okolností, nikoliv otázek právních. Závěr o tom, zda byly v posuzované věci požadavky na doložení tzv. referencí diskriminační, tedy nepřísluší posuzovat znalci, ale až úřadu, který při svém hodnocení vycházel z odborných skutkových závěrů znaleckého posudku. Nejvyšší správní soud se ztotožnil s krajským soudem v tom, že úřad položil znaleckému ústavu odborné otázky směřující k získání relevantního věcného odborného podkladu k navazujícímu posouzení nezbytnosti provázání jednotlivých požadavků v rámci téže reference (úřad tyto otázky a

odpovědi na ně podrobně shrnuje ve svém rozhodnutí, viz body 12 a 37, na něž NSS nyní pro stručnost odkazuje). Znalecký posudek přitom obsahuje srozumitelné a věrohodné odpovědi na tyto otázky (viz podrobně body 49 – 56 rozhodnutí úřadu). Úřad ve svém rozhodnutí podrobně vysvětlil, že neměl pochybnosti o správnosti, byť i jen dílčích, závěrů znaleckého posudku, a proto ani nepřistoupil k zadávání nového posudku, případně k vypracování revizního znaleckého posudku. Uvedl, že posudek znaleckého ústavu z hlediska splnění formálních znaků je přípustný, jeho závěry byly učiněny odborně kvalifikovanou osobou, jsou jasné a vnitřně bezrozporné. Stěžovateli tak nelze přisvědčit, že by se správní orgány nezabývaly tím, zda znalecký posudek obsahuje přezkoumatelné závěry. Z napadených rozhodnutí je naopak zřejmé, že správní orgány neměly žádné pochybnosti o odbornosti závěrů znaleckého posudku.

[36] Závěr krajského soudu, že správnímu orgánu nepřísluší hodnotit správnost závěrů znaleckého posudku, ve své podstatě neodporuje stěžovatelem uvedenému nálezu Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 299/06, podle něhož musí být znalecký posudek podrobován všestranné prověrce nejen právní korektnosti, ale též věcné správnosti. Správní orgán musí znalecký posudek hodnotit stejně pečlivě jako každý jiný důkaz, a tedy posoudit věrohodnost teoretických východisek posudku, spolehlivost použitých metod a způsob vyvozování odborných závěrů. Na druhou stranu ale správní orgán těžko může hodnotit správnost samotných odborných závěrů posudku, neboť sám nedisponuje potřebnými odbornými znalostmi, což je také důvod, proč si nechává znalecký posudek vypracovat. Z napadených správních rozhodnutí je zjevné, že správní orgány žádné obdobné pochybnosti týkající se znaleckého posudku neměly (což také podrobně vysvětlily) a jeho závěry považovaly za věrohodné a přesvědčivé. Za takové situace je nutno souhlasit s krajským soudem, že pokud stěžovatel zpochybňoval správnost odborných závěrů znaleckého posudku, měl sám doložit určitý odborný podklad (např. taktéž znalecký posudek), který by správnost závěrů znaleckého posudku vyvracel.

[37] Lze tak shrnout, že správní orgány vycházely při hodnocení stěžovatelova postupu v zadávacím řízení z dostatečně zjištěného skutkového stavu, který nebylo třeba doplňovat o další znalecký posudek, jak se stěžovatel domníval.

[38] Pokud jde o samotné věcné posouzení povahy nastavení kvalifikačních předpokladů v předmětné zadávací dokumentaci, správní orgány dospěly na základě znaleckého posudku k závěru, že kombinaci určitého půdorysu stavby a určitého typu stavby s určitým druhem základů coby součást jediné reference je třeba považovat za požadavek věcně neodůvodněný, který působil diskriminačně, a porušoval tak § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud v napadeném rozsudku uvedený závěr potvrdil a navíc také vysvětlil, že námitky stěžovatele zpochybňující odborné závěry znaleckého posudku nemíří proti podstatě závěrů posudku, která byla rozhodující pro právní posouzení věci. Úřad totiž nezpochybnil oprávněnost požadavku na zkušenost uchazečů se zakládáním staveb na železobetonových pilotách, nepovažoval však za nutné, aby byla požadována zároveň zkušenost se stavbou kruhového objektu. Stěžovatel ovšem závěr, že pro splnění předmětu zakázky není nezbytně nutná zkušenost se stavbou kruhového objektu, nijak konkrétně nerozporoval.

[39] Se stěžovatelem nelze zcela souhlasit v tom, že by měl správní orgán zkoumat, zda je v posuzovaném případě míra diskriminace již excesivní, a tedy způsobilá naplnit znaky správního deliktu. Jak bylo naznačeno již výše, každé porušení zásady zákazu diskriminace zadavatelem je nutno považovat jako v rozporu s § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Jinými slovy, pokud zadavatel nastavením kvalifikačních předpokladů nedůvodně diskriminuje uchazeče o veřejnou zakázku, jedná vždy protiprávně, bez ohledu na to zda je míry diskriminace nízká či vysoká. Intenzita jeho protiprávního jednání (resp. míra diskriminace, jak zmiňuje stěžovatel) pak má vliv na výši uložené pokuty.

[40] V této souvislosti lze připomenout, že zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Taková situace v nyní posuzovaném případě nastala.

[41] Stěžovatel má pravdu, že stanovení požadavků na kvalifikaci uchazečů o veřejnou zakázku je v postatě vždy do určité míry diskriminační, neboť smyslem kvalifikačních předpokladů, je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci (viz rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, č. 1771/2009 Sb. NSS). V nyní projednávané věci však o oprávněnou selekci nešlo. Jak již bylo uvedeno výše, ze závěrů znaleckého posudku vyplynulo, že zadavatel nastavil kvalifikační předpoklady neodůvodněně přísně, čímž provedl selekci uchazečů nad rámec nutného pro splnění předmětu zakázky.

V.d) Uložená pokuta

[42] Ani námitky směřující proti pokutě uložené stěžovateli za správní delikt nejsou důvodné. Žalovaný ve svém vyjádření správně připomněl, že ukládání sankcí je věcí správního uvážení a v rámci soudního přezkumu je tak nutno posoudit, zda správní orgán nevybočil ze zákonných mantinelů a výši uložené pokuty řádně zdůvodnil (viz např. žalovaným zmiňované rozsudky NSS ze dne 15. 2. 2017, č. j. 6 As 214/2016 – 33, či ze dne 11. 7. 2013, č. j. 7 As 15/2013 - 56). Nejvyšší správní soud souhlasí s hodnocením krajského soudu, že úřad vzal při stanovení výše pokuty v úvahu způsob spáchání správního deliktu, přičemž pokutu ve výši 200.000 Kč (tj. ve výši 4% z možné horní hranice výše pokuty) je třeba v tomto kontextu chápat jako přiměřenou. Za určitou přitěžující okolnost v posuzované věci lze považovat skutečnost, že stěžovatel byl na diskriminační charakter zadávacích podmínek upozorněn dvěma uchazeči o tuto veřejnou zakázku. Soudu se jeví logická úvaha úřadu, že stěžovatel si mohl na základě uvedených upozornění sám nastavení zadávacích podmínek přehodnotit a toto pochybení případně

napravit. Jak již bylo zdůrazněno výše, skutečnost, že úřad zastavil předchozí správní řízení ve věci stejné veřejné zakázky pro zpětvzetí návrhu, nijak nesvědčí o tom, že by postup stěžovatele v zadávacím řízení aproboval. Rozsudek krajského soudu v tomto ohledu není nijak rozporuplný, neboť z jeho odůvodnění nelze vyvodit, že by se na řízení, které bylo úřadem zastaveno, mělo hledět, jako by nikdy nebylo vedeno, soud jen zdůraznil, že úřad nebyl povinen se dále zabývat návrhem meritorně.

[43] Pokud dospěl krajský soud k závěru, že uložená pokuta byla přiměřená, je zjevné, že nepovažoval za důvodné rozhodnout o upuštění od uložené pokuty dle § 78 odst. 2 s. ř. s., případně tuto pokutu snížit. Proto Nejvyšší správní soud nepovažuje za pochybení krajského soudu, že o tomto návrhu výslovně nerozhodl výrokem, pokud se jím dostatečně zabýval v odůvodnění rozhodnutí (viz rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2014, č. j. 8 As 34/2013 - 38, č. 3172/2015 Sb. NSS).

VI. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[44] Nejvyšší správní soud vzhledem k výše uvedenému dospěl k závěru, že kasační námitky nejsou důvodné, a proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 s. ř. s., poslední věty, zamítl.

[45] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalovanému v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec úřadní činnosti nevznikly, proto soud rozhodl, že se mu náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

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

V Brně dne 22. listopadu 2018

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu