



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA v právní věci

žalobce: **Obec Moravany**
sídlem Obecního úřadu Vnitřní 49/18, 664 48 Moravany
zastoupen advokátem JUDr. Radkem Ondrušem
sídlem Bubeníčková 502/42, 615 00 Brno

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 31. 8. 2015 č. j. ÚOHS-R257/2012/VZ-25218/2015/321/Ips

takto:

- I. Žaloba **se zamítá.**
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalobce se žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně dne 2. 11. 2015 domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 31. 8. 2015, č. j. ÚOHS-R257/2012/VZ-25218/2015/321/IPs, kterým byl zamítnut rozklad žalobce proti

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S351/2012/VZ-16026/2012/514/PVé ze dne 27. 8. 2012 a toto rozhodnutí bylo potvrzeno.

2. Správní orgán prvního stupně v rozhodnutí ze dne 27. 8. 2012 rozhodl tak, že zadavatel – obec Moravany, se při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil ustanovení § 6 ZVZ v návaznosti na ustanovení § 50 odst. 3 ZVZ, když k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů ve veřejné zakázce „Poskytování komplexních služeb v odpadovém hospodářství pro obec Moravany“ požadoval předložení platného certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO vydaného akreditovanou osobou a tento doklad bezprostředně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II. Obsah žaloby

3. Žalobce v podané žalobě předně namítl nepřezkoumatelnost odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. Ustanovení § 56 odst. 4 ZVZ netvořilo dle žalobce ve smyslu názoru vyjádřeného v předchozím kasačním rozsudku krajského soudu právní rámec skutkové podstaty správního deliktu (bod 63 odůvodnění rozsudku), přesto jej žalovaný opětovně potvrdil a tudíž již původně vytykaná vada nebyla odstraněna. Věcně namítl nezákonnost napadeného rozhodnutí při výkladu pojmu „technické kvalifikační předpoklady“, „jejichž smyslem je výběr nejlepšího, nikoliv vyřazení neschopných“.
4. Dále namítl, že žalovaný v rozporu se závazným právním názorem krajského soudu neposoudil otázku, zda konkrétně požadavek na předložení certifikátu SUCO představoval porušení zásady diskriminace v ustanovení § 6 ZVZ. V té souvislosti namítl i nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí neboť není zřejmé, z jakých veřejně dostupných zdrojů žalovaný vycházel.
5. Namítl i nesprávnost úvah o nesrovnatelnosti certifikátu SUCO s certifikátem ISO, který je také poskytován na základě smlouvy a je zpoplatněn, kvalitativní rozdíl žalovaný podle žalobce nezkoumal.
6. Žalobce zároveň brojil i proti procesnímu postupu žalovaného při získání certifikátu SUCO do spisu, neboť se jedná o starý certifikát z roku 2005 ze spisu vedeného k podnětu P513/2011. Dále namítl, že z napadeného rozhodnutí nevyplývá, zda žalovaný provedl nový důkaz stanovami SUCO a tento důkaz není součástí správního spisu. Žalobce dále namítl, že mělo být zrušeno prvostupňové rozhodnutí, aby žalobce v dalším řízení mohl uplatnit důkaz na svou obranu – některý z certifikátů SUCO, jimiž prokazovali uchazeči svou kvalifikaci o předmětnou veřejnou zakázku. Podle žalobce bylo v rozporu se zákonem č. 500/2004 Sb., správní řád, i provádění listinných důkazů, neboť chybí záznam o provádění důkazů listinou, k čemuž odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2015 ve věci sp. zn. 7 As 95/2015. Podle žalobce je certifikát SUCO možno podřadit pod pojem „rovnocenný doklad vydaný v členském státě EU“ (§ 56 odst. 4 a 5 ZVZ)
7. Dle žalobce žalovaný v rozporu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2014 ve věci sp. zn. 3 As 63/2014 nezjistil dostatečně, co je předmětem zakázky, důsledkem čehož je, že nezjistil ani cenu veřejné zakázky, která není stejná jako nabídková cena. Zároveň namítl i nezákonnost a nepřezkoumatelnost odůvodnění výše pokuty a nezohlednění podstatných skutečností při jejím stanovení.

Vyjádření žalovaného a replika žalobce

8. Žalovaný ve svém vyjádření ze dne 11. 1. 2016 navrhl zamítnutí žaloby. Ve vyjádření poukázal na to, že žalobce ve své argumentaci vytrhával z kontextu části prvostupňového odůvodnění a zcela ignoroval jak zbytek odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, tak celé odůvodnění napadeného rozhodnutí, dále opakovaně zdůraznil, že odůvodnění koresponduje se závěry prvostupňového rozhodnutí stejně jako se závěry krajského soudu. Napadené rozhodnutí se podle žalovaného opírá o podklady, které založil řádně do spisu, přičemž z těchto důkazů je jasně patrné, z jakého zdroje pochází. Zároveň ve vyjádření odlišil certifikáty ISO a SUCO.
9. Ke zhojení vady předchozího řízení uvedl, že připojil jako důkaz certifikát z podnětového spisu, vydaný společností AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., který předložil dodavatel, který se účastnil předmětné veřejné zakázky a předložil jej jako doklad, kterým prokazoval splnění předmětného kvalifikačního předpokladu. Pro skutková zjištění, vzešlá z dokazování certifikátem SUCO, je lhostejno, jaké osobě byl certifikát SUCO vydán
10. Podrobně se žalovaný vyjádřil i provedenému dokazování jak v řízení o rozkladu, tak v řízení před správním orgánem prvního stupně, vč. oprávnění provádět dokazování v řízení o rozkladu.
11. K požadavku na podřazení předmětného certifikátu SUCO pod pojem „rovnocenný doklad vydaný v členském státě Evropské unie“ ve smyslu ustanovení § 56 odst. 4 a 5 ZVZ, pak má žalovaný za to, že toho nebylo třeba, neboť předmětem přezkumu nebylo posouzení vlastností certifikátu SUCO, ale to, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, zejména se zásadou zákazu diskriminace.
12. K části VI. žaloby a provádění listinných důkazů odkázal žalovaný v plné míře na napadené rozhodnutí a komentářovou literaturu. K otázce zjištění předmětu plnění odkázal na vypořádání této námítky v napadeném rozhodnutí v bodu 72. Stejně tak odkázal na napadené rozhodnutí i v otázce konstrukce celkové výše ceny veřejné zakázky a v této souvislosti odkázal žalovaný i na zrušující rozsudek krajského soudu, který se touto otázkou podrobně zabýval. Stejně tak žalovaný v napadeném rozhodnutí odůvodnil i závěr, že je ze smlouvy dosud plněno.
13. Nesouhlasil s tvrzením žalobce, že je povinen zohlednit délku správního řízení při stanovení výše trestu. Žalovaný v napadeném rozhodnutí posoudil zákonnost uložené pokuty, pokud jde o naplnění požadavku na její odůvodnění dle ustanovení § 121 odst. 2 ZVZ, a současně nově posoudil i možnou likvidačnost pokuty.

Posouzení věci krajským soudem

14. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s.ř.s.), jakož i řízení předcházející jeho vydání, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s.ř.s.). O žalobě soud rozhodl po nařízeném soudním jednání, na kterém účastníci setrvali na svých procesních stanoviscích.
15. Krajský soud o deliktu žalobce v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou rozhoduje již podruhé, když svým předcházejícím rozhodnutím ze dne 19. 5. 2015, č. j. 31 Af 30/2013-90, zrušil přecházející rozhodnutí žalovaného o rozkladu žalobce ze dne 15. 2. 2013, č.j. ÚOHS-R257/2012/VZ-2967/2013/310/IPs.

Souvislost certifikátu SUCO s předmětem zakázky

16. Žalobce v žalobě jako důvod nezákonnosti napadeného rozhodnutí uvádí vnitřní rozpornost výroku a odůvodnění prvostupňového rozhodnutí a nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v této souvislosti.
17. Předně je třeba konstatovat, že žalobce vytrhává z kontextu jak napadeného rozhodnutí, tak i rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, pasáže, které podporují jeho názor. Napadené rozhodnutí, stejně jako rozhodnutí správního orgánu prvního stupně je nutné vnímat v kontextu celého odůvodnění a nikoliv dle izolovaných pasáží.
18. V rozhodnutí správního orgánu prvního stupně je uvedena žalobcem citovaná pasáž „*Oborová certifikace Odborný podnik pro nakládání s odpady v sobě spojuje jak řízení jakosti, tak environmentální řízení, přičemž se soustřeďuje především na specifika odpadového hospodářství.*“, nicméně se nachází v bodu 15. citovaného rozhodnutí, kterým je uvozena následující pasáž obsáhle se zabývající povahou certifikátu SUCO stejně jako Sdružením pro udělování certifikátu „*Odborný podnik pro nakládání s odpady*“. Odůvodnění závěru výroku I. rozhodnutí se nenachází v žalobcem odkazovaném bodu 15. rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, nýbrž v bodu 17. tohoto rozhodnutí, kde správní orgán prvního stupně jasně uvedl: „*Požadovaný certifikát totiž bezprostředně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky, přestože pokrývá oblast předmětu plnění veřejné zakázky, jelikož lze konstatovat, že i dodavatelé, kteří jej nevlastní, mohou být schopni splnit předmět veřejné zakázky v požadované kvalitě. Schopnost dodavatelů realizovat předmět veřejné zakázky tak není vázána na získání předmětného certifikátu a z tohoto důvodu je nutné považovat zadavatelův požadavek na jeho předložení pro účely posouzení splnění kvalifikace za neakceptovatelný a jsoucí v rozporu se zákonem.*“
19. Podle názoru zdejšího soudu tak neexistuje formální rozpor mezi výrokem a odůvodněním rozhodnutí správního orgánu prvního stupně definovaný žalobcem, neboť závěr o „*bezprostřední nesouvislosti*“ certifikátu SUCO a předmětu veřejné zakázky je v tomto rozhodnutí jasně a věcně odůvodněn. Zákonnost či nezákonnost závěru správního orgánu prvního stupně je samostatnou otázkou, která není předmětem této žalobní námítky.
20. Dále žalobce namítal nesprávnost právního názoru žalovaného ve vztahu k ustanovení § 56 odst. 4 ZVZ. Krajský soud se ve svém předcházejícím rozhodnutí k této otázce vyjádřil v bodech 62. až 65. rozsudku, kde zejména konstatoval, že „*v rámci argumentace nad rámec důvodů pro zrušení napadeného rozhodnutí vyslovených v tomto rozsudku krajský soud považuje za nutné podotknout, že ustanovení § 56 odst. 4 ZVZ netvořilo ve smyslu výroku prvostupňového rozhodnutí právní rámec skutkové podstaty správního deliktu, za nějž byla žalobci uložena pokuta. Pokud žalovaný považoval za nutné porovnávat certifikát SUCO s certifikáty, které bylo podle rozhodné právní úpravy možno považovat za dovolené z hlediska požadavků zadavatele na prokázání technické kvalifikace, pak bylo třeba uvážít především následující otázky.*“, a následně „*Krajský soud se tedy neztotožnil se žalovaným v tom, že požadování jiného certifikátu než certifikátu vydaného podle zákona č. 22/1997 Sb. bylo apriorně v rozporu se smyslem a účelem ustanovení § 56 odst. 4 ZVZ v rozhodném znění. V případě uplatnění požadavku na jiný certifikát musel zadavatel podle právní úpravy účinné před 1. 4. 2012 postupovat velmi obezřetně tak, aby nebyla narušena možnost soutěže o zadanou zakázku a zejména, aby takový požadavek nesledoval bezdůvodné zvýhodnění některého z uchazečů. V posuzované věci je proto třeba především posoudit otázku, zda konkrétně požadavek na předložení certifikátu SUCO představovalo porušení zásady zákazu diskriminace vyjádřené v § 6 ZVZ, které ve spojení s § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ představuje zákonnou skutkovou podstatu správního deliktu, za nějž byl žalobce potrestán.*“
21. Nutno podotknout, že tato pasáž rozsudku krajského soudu nebyla meritorním důvodem pro zrušení tehdy žalobou napadeného rozhodnutí, nýbrž byla interpretačním vodítkem, kterým krajský soud vyjádřil svůj názor na věc po hmotné stránce v situaci, kdy zrušoval napadené rozhodnutí z procesních důvodů. Za klíčové v dané pasáži krajský soud jasně označil nutnost posouzení vztahu požadavku na předložení certifikátu SUCO a možnosti porušení zásady zákazu diskriminace vyjádřené v § 6 ZVZ.

22. V nyní napadeném rozhodnutí se žalovaný již otázkami, které řešil v bodech 42. a násl. původního zrušeného rozhodnutí nezabýval. Žalovaný v předcházejícím rozhodnutí totiž uzavřel věc s tím, že „Závěr Úřadu, že *žadavatel tím, že požadoval ke splnění technických kvalifikačních předpokladů certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO, postupoval v rozporu s § 6 zákona v návaznosti na § 50 odst. 3 zákona je tedy správný, neboť žadavatel požadoval předložení dokladu, který není oprávněn dle zákona požadovat a neomezil tím rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky a požadavek na předložení certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO byl diskriminační.*“ Oproti tomu v nyní napadeném rozhodnutí dospěl žalovaný k závěru, že „*Pokud tedy vyjdeme z podmínek, za kterých lze získat certifikát SUCO, z faktu, že nejde o certifikát systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou, neboť ze stanov SUCO vyplývá, že je vydáván dle norem Entsorgungsfachbetrieb sdružením SUCO, jež je neziskovou organizací a dále z toho, že žadavatel požadoval doložení tohoto konkrétního certifikátu, aniž by jej bylo možno nahradit jiným, obdobným certifikátem, a to ve spojení s požadavky na předložení dalších certifikátů, uvedených v zadávací dokumentaci v bodu 7.4.1, pak je třeba dospět ke stejnému závěru, jako Úřad v napadeném rozhodnutí. K prokázání schopnosti splnit předmět veřejné zakázky žadavatel nebyl oprávněn požadovat předmětný certifikát, jelikož tímto požadavkem došlo k omezení možnosti potenciálních dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, jelikož rozsah požadované kvalifikace neomezil pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Předmět veřejné zakázky by jistě byli schopni splnit i dodavatelé, jež nevládní tento konkrétní certifikát, ale certifikát obdobný, např. tak, jak jej požadoval žadavatel v bodě 7.4.1 písm. b) zadávací dokumentace.*“
23. Z uvedeného je zřetelně patrné, že žalovaný v opakovaném rozkladovém řízení nezkoumal zákonnost požadavku na předložení certifikátu SUCO, ale vycházel pouze z možnosti (rovného) přístupu k tomuto certifikátu. Ve shodě s tímto přístupem je zdejší soud toho názoru, že k posouzení tvrzeného porušení ustanovení § 6 ZVZ není povaha certifikátu SUCO ve smyslu ustanovení § 56 odst. 4 ZVZ podstatná, neboť klíčová je otázka možnosti přístupu k tomuto certifikátu, tedy toho, zda každý možný účastník veřejné soutěže měl možnost být držitelem tohoto certifikátu bez nutnosti splnit ať již diskriminační, případně na libovůli poskytovatele certifikátu odvislé podmínky, k čemuž viz níže.
24. V souvislostech této žalobní námítky je proto liché vyčítat žalovanému, že nereflektoval právní závěry předcházejícího rozsudku zdejšího soudu, neboť žalovaný se s ním vypořádal tím, že své úvahy, které v bodu 42. předcházejícího rozhodnutí o rozkladu uvedl: „*Se závěry Úřadu se ztotožňuji, ačkoliv po důkladném posouzení daného certifikátu považuji za nutné rozšířit odůvodnění o další skutečnosti.*“, nadále v novém rozhodnutí opustil a nerozvíjel.
25. Ani uvedené tak netvoří rozpornost výroku a odůvodnění rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ve spojení s napadeným rozhodnutím.
26. Jestliže žalobce v kontextu této žalobní námítky tvrdí, že účelem technických kvalifikačních předpokladů není vyřadit ty, kteří nejsou schopni zakázku splnit, ale vybrat ty nejlepší ze všech schopných, tak mu lze v nejobecnější míře jistě dát za pravdu, nicméně i výběr těch „nejlepších ze všech schopných“ se musí odehrávat za splnění zákonných „pravidel hry“, které pro předmětné období byly nastaveny zákonem o veřejných zakázkách, přičemž i z níže uvedených důvodů souhlasí soud se žalovaným, že žalobce tyto pravidla nerespektoval.

Souvislost certifikátu SUCO se zásadou diskriminace

27. Žalobce brojí proti rozporu napadeného rozhodnutí s právním názorem zdejšího soudu i v otázce diskriminace. Zdejší soud se s touto námítkou neztotožňuje. Žalobce částečně vytrhává bod 65. rozsudku zdejšího soudu ze dne 19. 5. 2015, resp. jeho závěr, z kontextu, ve kterém je uveden. K obsahu bodů 62. – 65. citovaného rozsudku se vyjádřil zdejší soud výše. Na tomto místě je třeba opětovně zdůraznit, že kontext citované části uvedeného rozsudku se týkal hodnocení námítky, kterou soud shrnul následovně: „*Žalobce především sledal jako*

nesprávnou a mimoprávní úvahu žalovaného o charakteru certifikátu SUCO, a to z následujících důvodů. Předně žalobce uvedl, že tento certifikát skutečně není certifikátem systému řízení jakosti vydaným podle českých technických norem osobou akreditovanou podle zákona č. 22/1997 Sb. Tento zákon se totiž týká technických požadavků na výrobky, a nikoliv na služby. Žalovaný proto v napadeném rozhodnutí nesprávně interpretoval právní úpravu, když usoudil, že všechny ostatní žalobcem požadované certifikáty byly v souladu se zákonem č. 22/1997 Sb. a byly vydány akreditovanými osobami podle tohoto zákona.“ Navazující závěry soudu se tak týkaly hodnocení uvedené námitky. Jestliže v závěru soud konstatoval, že „V posuzované věci je proto třeba především posoudit otázku, zda konkrétně požadavek na předložení certifikátu SUCO představovalo porušení zásady zákazu diskriminace vyjádřené v § 6 ZVZ, které ve spojení s § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ představuje zákonnou skutkovou podstatu správního deliktu, za nějž byl žalobce potrestán.“, pak soud nezavázal žalovaného k žádnému konkrétnímu postupu, jak tak má učinit. Naopak v bodu 66. předcházejícího rozsudku zdejší soud jasně konstatoval, že „technické kvalifikační předpoklady skutečně mohly představovat diskriminační kritérium, které mohlo znepřístupnit zadávací řízení vůči těm uchazečům, kteří požadovaným certifikátem nedisponovali, jak dovodil v obou rozhodnutích žalovaný. Úsudek žalovaného shledal krajský soud v tomto ohledu jako zákonný a správný.“ a odkázal žalovaného na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, který žalovaný v nyní napadeném rozhodnutí zohlednil, a to v bodu 69. rozhodnutí.

28. Dále žalobce napadá nepřezkoumatelnost rozhodnutí, neboť není patrné, z jakých veřejně dostupných informací žalovaný vycházel. U „veřejně dostupných informací“ se jedná o body 5. a zejména 67. napadeného rozhodnutí. Oba body odkazují na postup, resp. zjištění, která získal správní orgán prvního stupně ve svém řízení. Ani v rozhodnutí správního orgánu prvního stupně nejsou tyto „veřejně dostupné informace“ exaktně identifikovány, nicméně je z tohoto rozhodnutí patrné, že jsou to informace týkající se udělování certifikátu SUCO, zejména dále zmiňované stanov Sdružení pro udělování certifikátu „Odborný podnik pro nakládání s odpady“. Obsahem správního spisu jsou Stanovy SUCO, ze kterých je patrné, z jakého zdroje byly správním orgánem prvního stupně získány.
29. Dále je jak z napadeného rozhodnutí, tak z rozhodnutí správního orgánu prvního stupně zřejmé, že tzv. „veřejně dostupné informace“ se týkají organizace SUCO, členství v ní a udělování certifikátů a z bodu 17. rozhodnutí správního orgánu prvního stupně je pak zřetelné, že touto „veřejně dostupnou informací“ jsou právě stanovy SUCO.
30. Za této procesní situace, kdy byly stanovy SUCO součástí správního spisu a žalobce měl možnost se s tímto důkazním prostředkem seznámit, není žádný důvod dospět k závěru, že rozhodnutí žalovaného je v této souvislosti nepřezkoumatelné.
31. Nadto musí soud konstatovat, že žalobce, který sám požadoval, aby zájemci o veřejnou zakázku disponovali certifikátem SUCO, a který sám obšírně argumentuje o povaze citovaného certifikátu, je jistě s obsahem stanov SUCO detailně seznámen a tudíž to pro něj není skutečnost překvapivá. Konečně obsah stanov žalobce nijak věcně nezpochybňuje, ale pouze napadá formální stránku označení získaných informací. K tomu soud nad rámec uvedeného musí poznamenat, že se v případě stanov SUCO jedná o informace skutečně veřejně dostupné na webových stránkách příslušné organizace.
32. Žalobce namítal i věcnou nesprávnost při hodnocení certifikátu ISO a nevypořádání se s těmito námitkami rozkladu, nedostatečné zjištění skutkového stavu a poukazoval na shodné rysy udělování certifikátů a vyšší kvalitativní standard certifikátu SUCO.
33. Námitka nepřezkoumatelnosti není důvodná. Žalovaný se námitkám ve vztahu k certifikátům ISO a SUCO věnoval v bodech 64. a násl. napadeného rozhodnutí a jasně se odmítl zabývat konkrétním hodnocením certifikátu ISO v bodech 73. a 74. Požadavek přezkoumatelnosti správního rozhodnutí není naplněn výlučně jen tím, že se správní orgán bude zabývat věcně každou jednotlivou konkrétní námitkou subjektu správního řízení, ale je bezpochyby naplněn

i tím, že vysvětlí důvody, pro které je nadbytečné se určitou námitkou zabývat např. pro její irelevantnost pro věc.

34. Z žalobou napadeného rozhodnutí je zřejmé, proč se certifikáty ISO žalovaný odmítl zabývat. Naplnění podmínek diskriminačního kvalifikačního předpokladu spatřoval v tom, že žalobce požadoval předložení certifikátu, ke kterému neměli potencionální zájemci o veřejnou zakázku rovný přístup. Jasně také uvedl, ve shodě se správním orgánem prvního stupně, i důvody, proč má za to, že přístup k certifikátu SUCO není rovný, přičemž základní argumenty žalovaného a správního orgánu prvního stupně se opírají o stanovy SUCO.
35. Žalobce nikde v podané žalobě věcně nebrojí proti závěru, že přístup k certifikátu SUCO není rovný, ani v této souvislosti nenavrhl žádné důkazní prostředky. Samotný fakt, že se žalovaný ani správní orgán prvního stupně nezabýval konkrétními rozdíly mezi certifikáty ISO a SUCO, není podle názoru zdejšího soudu překážkou zákonnosti napadeného rozhodnutí. Shledané porušení zákazu diskriminace při předmětné veřejné zakázce spočívalo v požadavku na předložení určité konkrétní listiny a bylo proto na správním orgánu prvního stupně, potažmo na žalovaném, aby posoudili, zda tento konkrétní instrument splňuje podmínky nediskriminace. I kdyby dospěl žalovaný k závěru, že certifikáty ISO i SUCO mají shodně nastavené podmínky, které správní orgány považují za diskriminační, pak je irelevantní, zda jsou oba certifikáty diskriminační. Klíčové proto je pro tuto věc, jak jsou nastaveny podmínky pro udělení certifikátu SUCO.

Certifikát SUCO založený do spisu

36. Pokud žalobce odkazuje ve vztahu k předmětnému certifikátu na předcházející rozhodnutí zdejšího soudu, tak by bylo na místě uvést i předcházející část bodu 55., který žalobce cituje. V tomto rozsudku totiž zdejší soud jasně konstatoval, že „[55] Prvostupňové rozhodnutí žalovaného bylo založeno na úvaze vycházející z ustanovení § 50 odst. 3 ZVZ v rozhodném znění, podle něhož platilo, že veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky“, jakož i na aplikaci zásady zákazu diskriminace uchazečů o veřejnou zakázku skrze stanovení kvalifikačních předpokladů. Zatímco úsudek žalovaného v prvostupňovém rozhodnutí o nerovnosti přístupu k získání certifikátu SUCO, doložený i ve správním spisu podklady z internetových stránek sdružení vydávajícího tento certifikát, byl přezkoumatelný a vycházel z rozhodné právní úpravy, žalovaný jej v odůvodnění napadeného rozhodnutí nabradil úvahou o nezákonnosti požadavku na předložení tohoto certifikátu vycházející z výkladu jeho vlastností. Pro tento úsudek však správní spis neobsahuje žádnou oporu. Žalovaný v bodě 43 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí... (dále viz citace v žalobě)“
37. Z obsahu žalobou napadeného rozhodnutí je jasně patrné, že se žalovaný odklonil od své původní úvahy, která nebyla podepřena obsahem správního spisu a k níž mu krajský soud vyčetl nedostatek skutkových podkladů spočívajících mimo jiné v absenci certifikátu, který měl žalovaný hodnotit.
38. Tento nedostatek původního rozhodnutí žalovaného nenahradil žalovaný tím, že by do spisu zakládal certifikát společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., ale tím, že zcela opustil tuto myšlenkovou linii a vrátil se k původním závěrům správního orgánu prvního stupně, které o konkrétní certifikáty nebyly opřeny.
39. Za této procesní situace jsou následné námitky žalobce vycházející z premisy odstraňování předcházející vady rozkladového řízení z povahy věci nedůvodné, neboť žalovaný krajským soudem vytčené pochybení podkladů svého právního názoru neodstraňoval z důvodu změny právní argumentace.
40. Přesto soud posoudil námitky žalobce ve vztahu k certifikátu SUCO, ovšem s vědomím shora uvedeného.

41. Soud nedospěl ani k závěru o existenci namítaných procesních vad v souvislosti s doplňováním dokazování v rozkladovém řízení. Pro řízení o rozkladu platí ustanovení § 152 odst. 5 správního řádu, dle kterého, nevyklučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání. Proto není důvodná námitka žalobce, že žalovaný není oprávněn obstarávat a provádět další důkazy na podporu jím přezkoumávaného rozhodnutí, odstraňovat nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu prvního stupně a není oprávněn ani nepřezkoumatelné rozhodnutí potvrzovat.
42. Podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
43. Otázka možnosti doplňování skutkových zjištění v odvolacím, potažmo rozkladovém řízení je spojena s otázkou koncentrace řízení ve správním řízení.
44. Obecně pro odvolací řízení platí zásada ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu, dle kterého k novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlíží jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Namítá-li účastník, že mu nebylo umožněno učinit v řízení v prvním stupni určitý úkon, musí být tento úkon učiněn spolu s odvoláním.
45. Specifickou otázkou jsou ale řízení zahajovaná u úřední povinnosti. Pro tato řízení platí ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu, dle kterého je správní orgán povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu. V řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.
46. Z uvedeného vyplývá, že zákonná koncentrace pro odvolací řízení platí pro účastníka řízení. Oproti tomu v případě řízení, která jsou zahajována z úřední povinnosti, zákon nijak odvolací správní orgán nelimituje k doplňování skutečností, které měl správní orgán prvního stupně zjistit ve prospěch i v neprospěch účastníka řízení. Jestliže v odvolacím řízení dle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu má odvolací správní orgán přezkoumat soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, a není-li limitován koncentrací řízení, pak je oprávněn v odvolacím řízení skutková zjištění doplňovat, a to jak ve prospěch, tak i v neprospěch účastníka řízení. Totéž platí i v řízení rozkladovém.
47. Podle názoru zdejšího soudu proto není procesní vadou, pokud žalovaný doplnil v řízení o rozkladu do spisového materiálu certifikát SUCO a provedl ho jako důkaz (viz bod 58. napadeného rozhodnutí „*Pro účely dalšího řízení ve věci byl interním sdělením vznesen dotaz na sekci veřejných zakázek, zda je certifikát „Odborný podnik pro nakládání s odpady“ SUCO v držení správního orgánu prvního stupně. Interním sdělením č. j. ÚOHS-19826/2015/533/HČI ze dne 28. 7. 2015 bylo sděleno, že se tento dokument nachází ve spise P513/2011, přičemž byl předmětný certifikát SUCO přiložen. Tento certifikát SUCO byl vydán ve prospěch společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., IČO 49356089 (další specifikace společnosti na certifikátu není) a je datován 5. 4. 2005 a byl založen do spisu jako podklad rozhodnutí a proveden jako důkaz (dále jen „certifikát SUCO AVE“).*“.
48. Z bodu 65. napadeného rozhodnutí vyplývá, že provedený důkaz certifikátem SUCO byl podkladem pro posouzení způsobu, jakým je vydáván, a kým je vydáván ve vztahu k možnosti přístupu k tomuto certifikátu. Podle názoru soudu z napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, že klíčovým důkazem pro posouzení naplnění zásady nediskriminace nebyl konkrétní certifikát SUCO pro společnost AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o., nýbrž stanovy SUCO

a závěry z nich zjištěné. Tudíž ani případné vyloučení certifikátu jako důkazu by na skutečnostech zjištěných ze stanov SUCO nemělo vliv.

49. Soud přesto dospěl k závěru, že certifikát společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o. byl proveden jako důkaz zcela v souladu se zákonem.
50. Pokud žalobce tvrdí, že se jedná o nesouvisející certifikát, a naopak žalovaný, že se jedná o certifikát z podnětového spisu předmětné zakázky, nelze toto tvrzení jasně ověřit, neboť podnětový spis k nyní posuzované věci nebyl ke správnímu spisu přiložen a ani z listin ve správním spise nevyplývá označení podnětového spisu. Z obsahu správního spisu pouze jasně vyplývá, že certifikát společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o. byl do spisu založen spolu s průvodním dopisem, který konstatuje, že certifikát byl součástí spisu P513/2011, který je v nyní posuzované věci veden správním orgánem prvního stupně. Z uvedeného lze dovodit, že by se v případě spisu P513/2011 mohlo jednat o podnětový spis k nyní šetřené zakázce, nicméně s jeho obsahem nebyl soud seznámen.
51. Přesto obsahové náležitosti založené listiny žalobce nijak věcně nespороval a s ohledem na obsah žalobou napadeného rozhodnutí je v zásadě irelevantní, o jaký certifikát se jedná, neboť zjevně tento důkaz směřoval pouze ke zjištění autority, která daný certifikát vydala.
52. S ohledem na to, že mezi účastníky řízení není sporu o tom, kdo je oprávněn certifikát SUCO vydat, tak i případné další namítané nezákonnosti spojené s provedením tohoto důkazu (nepřezkoumatelnost – žalovaný nevysvětlil relevanci certifikátu, procesní vada – žalovaný neposoudil certifikát jako důkaz – resp. ho nevyhodnotil v rozhodnutí) nemohou mít na zákonnost napadeného rozhodnutí vliv.
53. V případě námitky, že napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by žalovaný provedl nový důkaz stanovami SUCO a tento „důkaz“ ani není obsahem správního spisu, ověřil soud z obsahu správního spisu, že stanovy SUCO jsou založeny ve správním spise jako druhá listina. Zároveň soud ověřil z rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, že stanovy SUCO byly jako důkaz použity již v řízení před správním orgánem prvního stupně (na což konečně odkazuje i shora uvedená citace předcházejícího rozhodnutí zdejšího soudu).
54. Na základě shora uvedeného dospěl soud k závěru, že tato část námitky žalovaného je zcela nedůvodná a vyvrácená obsahem správního spisu bez dalšího.
55. Pokud následně namítal žalobce, že na základě stanov měl žalovaný posoudit certifikát SUCO jako rovnocenný doklad vydaný v členském státě EU ve smyslu ustanovení § 56 odst. 4 a 5 ZVZ, tak se soud musí vrátit k tomu, z čeho vycházel žalovaný při hodnocení rozkladu. Opětovně je třeba konstatovat, že žalovaný opustil argumentaci povahou certifikátu SUCO a závěr o porušení ustanovení § 6 ZVZ vystavěl nikoliv na vlastnostech certifikátu SUCO, ale na přístupu k tomu to certifikátu, přičemž diskriminační není povaha samotného certifikátu, ale nerovný přístup k jeho získání, resp. možnost libovůle při jeho získání. Vlastnosti certifikátu, tedy i to, zda je možné jej považovat za rovnocenný doklad vydaný v členském státě EU, jsou proto pro závěry žalovaného irelevantní a stejně tak je nedůvodná i tato část námitky, která věcně nesouvisí s napadeným rozhodnutím.
56. V této souvislosti brojil žalobce i závěru žalovaného, že v zadávací dokumentaci neumožnil nahradit certifikát SUCO jiným, obdobným certifikátem, když tato možnost vyplývá ze zákona. Žalobce opětovně jako na jiných místech žaloby vytrhává i v této části námitky části odůvodnění z kontextu celku. Předmětný bod 69. napadeného rozhodnutí v celku zní: „*V rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2013 ze dne 27. 6 2013 je uvedeno „Minimální úroveň kvalifikačních předpokladů zadavateli slouží jako určité „síta“ pro výběr pouze těch uchazečů, resp. zájemců o veřejnou zakázku, jejichž nabídky budou předmětem hodnocení, neboť poté, co takoví uchazeči postoupí skrze posouzení prokázání splnění minimální úroveň kvalifikačních předpokladů, není již pochyb o tom, že budou schopni zadavatelem poptávané plnění dodat. Samotný smysl kvalifikace tento institut staví do*

pozice, kdy požadavky na její prokázání budou vždy určitou skupinou dodavatelů chápány jako relativně diskriminační, neboť tyto dodavatele pro nesplnění kvalifikace ze zadávacího řízení vyloučí. Takové vyloučení je však v souladu se zákonem, neboť není možné po zadavateli požadovat, aby minimální úroveň kvalifikace stanovil natolik benevolentním způsobem, aby ji sice splnili všichni dodavatelé, nicméně plnění veřejné zakázky by pak bylo obročeno z toho důvodu, že tito dodavatelé předmětu veřejné zakázky vůbec „nerozumí“. Dále zde uvedl, že „klíčovým problémem skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. A jakkoliv tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí a je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu, přesto lze v nynější věci do jisté míry vycházet z aplikace tohoto kritéria provedené ve skutkově podobné věci Nejvyšším správním soudem v rozsudku ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012 - 64.“ Na posuzovaný požadavek zadavatele je tedy třeba se podívat i z pohledu ostatních, jím požadovaných dokladů na prokázání technických kvalifikačních předpokladů, zda tedy ono „síto“ bylo nastaveno tak, aby bylo přiměřené ke předmětu veřejné zakázky. Pokud tedy vyjdeme z podmínky, za kterých lze získat certifikát SUCO, z faktu, že nejde o certifikát systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou, neboť ze stanov SUCO vyplývá, že je vydáván dle norem Entsorgungsfachbetrieb sdružením SUCO, jež je neziskovou organizací a dále z toho, že zadavatel požadoval doložení tohoto konkrétního certifikátu, aniž by jej bylo možno nahradit jiným, obdobným certifikátem, a to ve spojení s požadavky na předložení dalších certifikátů, uvedených v zadávací dokumentaci v bodu 7.4.1, pak je třeba dospět ke stejnému závěru, jako Úřad v napadeném rozhodnutí. K prokázání schopnosti splnit předmět veřejné zakázky zadavatel nebyl oprávněn požadovat předmětný certifikát, jelikož tímto požadavkem došlo k omezení možnosti potenciálních dodavatelů účastnit se zadávacího řízení, jelikož rozsah požadované kvalifikace neomezil pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Předmět veřejné zakázky by jistě byli schopni splnit i dodavatelé, jež nelastní tento konkrétní certifikát, ale certifikát obdobný, např. tak, jak jej požadoval zadavatel v bodě 7.4.1 písm. b) zadávací dokumentace.“

57. Z uvedeného je patrné, že žalobce nebyl postižen za to, že odmítl uznat jiný rovnocenný certifikát, ani za to, že by vyloučil možnost předložení jiných rovnocenných certifikátů v rozporu s ustanovením § 56 odst. 4 a 5 ZVZ, ale za to, že požadovaný certifikát nesouvisel bezprostředně se zadanou veřejnou zakázkou. Opětovně tak soud konstatuje, že uplatněná část žalobní námitky nekoresponduje s důvody, pro které byl žalobce uznán vinným ze spáchání správního deliktu.
58. Ze shodných důvodů je v této souvislosti nedůvodný i požadavek žalobce na zrušení rozhodnutí správního orgánu prvního stupně s požadavkem, aby byl zavázán vyzvat žalobce k doložení certifikátů SUCO.

Provádění důkazů

59. V rámci této námitky brojí žalobce proti procesnímu postupu žalovaného při provádění listinných důkazů. Předem vypořádání této námitky musí soud nutně předznamenat, že žalobce sice brojí proti způsobu provedení listinných důkazů, ale vůbec neuvádí, kterých důkazů se jeho námitka týká, resp. které důkazy neměly být provedeny zákonným způsobem. Tomu konečně odpovídá i vlastní vyjádření žalobce při jednání, že se nebyl seznámit s obsahem správního spisu.
60. V rámci dokazování správním spisem během nařízeného soudního jednání soud zjistil, že ve správním spise je založen *záznam o provedeném dokazování mimo ústní jednání* ze dne 5. 8. 2015, č. j. ÚOHS-21869/2015/321/IPs, ze kterého je zřejmé, že oprávněná úřední osoba provedla jako důkaz písemnost *Certifikát Sdružení pro udělování certifikátu Odborný podnik pro nakládání s odpady dle norem Entsorgungsfachbetrieb na základě odborného auditu Sdružením akceptované auditorské společnosti, propůjčené společnosti AVE CZ odpadové hospodářství s.r.o. IČ 49356089, ze dne 5. 4. 2005, dále schválený rozpočet 2014, schválený rozpočet 2015 a faktury předložené zadavatelem od společnosti A.S.A. spol. s r.o.*

61. Dále je součástí správního spisu i *záznam o provedeném dokazování mimo ústní jednání* ze dne 24. 8. 2015, č. j. č. j. ÚOHS-24784/2015/321/IPs, ze kterého je zřejmé, že oprávněná úřední osoba provedla jako důkaz písemnost *faktury předložené zadavatelem od společnosti A.S.A. spol. s r.o.*
62. Podle ustanovení § 18 odst. 1 správního řádu se o provedení důkazu listinou mimo ústní jednání sepisuje protokol.
63. Podle ustanovení § 18 odst. 2 správního řádu protokol obsahuje zejména místo, čas a označení úkonů, které jsou předmětem zápisu, údaje umožňující identifikaci přítomných osob, vylíčení průběhu předmětných úkonů, označení správního orgánu a jméno, příjmení a funkci nebo služební číslo oprávněné úřední osoby, která úkony provedla. Údaji umožňujícími identifikaci fyzické osoby se rozumějí jméno, příjmení, datum narození a místo trvalého pobytu, popřípadě jiný údaj podle zvláštního zákona.
64. Podle ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu se o provedení důkazu listinou učiní záznam do spisu.
65. Při posouzení záznamu ze dne 5. 8. 2015 a ze dne 24. 8. 2015 dospěl soud k závěru, že tento záznam splňuje obsahově i náležitosti protokolu dle ustanovení § 18 odst. 2 správního řádu jako vyšší formy záznamu o úkonu a po této stránce je tedy zcela v souladu se zákonem.
66. Judikatura Nejvyššího správního soudu prošla v této souvislosti určitým vývojem. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012-40, konstatoval, že „[17] *Smyslem § 51 odst. 2 správního řádu je umožnit účastníkům řízení, aby mohli být přítomni při provádění důkazů, nebylo-li k jejich provedení nařízeno ústní jednání. Díky přítomnosti při provádění důkazů se mohou účastníci lépe seznámit s jejich obsahem (komplexně všemi vjemy vnímat výpověď svědka, obledávaný předmět apod.) a v návaznosti na to se detailněji vyjádřit k důkazu. Je-li však jako důkaz prováděna listina, nadto listina předložená stěžovatelkou, není vadou řízení, pokud nebyla stěžovatelka informována o provedení důkazů mimo ústní jednání.*“
67. [18] *V přítomnosti účastníků řízení či veřejnosti se důkaz listinou provádí tak, že se přečte nebo sdělí její obsah (§ 53 odst. 6 správního řádu). Jinak se o provedení důkazu listinou učiní pouze záznam do spisu. Bylo by naprosto bezúčelné, aby žalovaný musel informovat stěžovatelku o tom, že v uvedený den a hodinu si hodlá přečíst jí předložené listiny, a tak jimi provést důkaz. Tím spíše, že správní orgán není povinen sdělovat účastníkům řízení předběžný úsudek o důkazu plynoucí z provedeného důkazního prostředku. Své úvahy o hodnocení důkazu vtělí správní orgán až do odůvodnění správního rozhodnutí (§ 68 odst. 3 správního řádu). S obsahem listinného důkazního prostředku se může účastník řízení seznámit při nablížení do spisu, např. v souvislosti se seznamováním se s podklady před vydáním rozhodnutí.*“
68. Recentní judikatura, např. rozsudek ze dne 15. 11. 2017, č. j. 1 Afs 205/2017-65, dovodila, že „[17] *Smyslem § 51 odst. 2 správního řádu je umožnit účastníkům řízení, aby mohli být přítomni při provádění důkazů, nebylo-li k jejich provedení nařízeno ústní jednání. Díky přítomnosti při provádění důkazů se mohou účastníci lépe seznámit s jejich obsahem (komplexně všemi vjemy vnímat výpověď svědka, obledávaný předmět apod.) a v návaznosti na to se detailněji vyjádřit k důkazu. Je-li však jako důkaz prováděna listina, nadto listina předložená stěžovatelkou, není vadou řízení, pokud nebyla stěžovatelka informována o provedení důkazů mimo ústní jednání.*“
69. [18] *V přítomnosti účastníků řízení či veřejnosti se důkaz listinou provádí tak, že se přečte nebo sdělí její obsah (§ 53 odst. 6 správního řádu). Jinak se o provedení důkazu listinou učiní pouze záznam do spisu. Bylo by naprosto bezúčelné, aby žalovaný musel informovat stěžovatelku o tom, že v uvedený den a hodinu si hodlá přečíst jí předložené listiny, a tak jimi provést důkaz. Tím spíše, že správní orgán není povinen sdělovat účastníkům řízení předběžný úsudek o důkazu plynoucí z provedeného důkazního prostředku. Své úvahy o hodnocení důkazu vtělí správní orgán až do odůvodnění správního rozhodnutí (§ 68 odst. 3 správního řádu). S obsahem listinného důkazního prostředku se může účastník řízení seznámit při nablížení do spisu, např. v souvislosti se seznamováním se s podklady před vydáním rozhodnutí.*“

70. Soud s ohledem na existenci záznamů o provedeném dokazování a i s ohledem na aktuální judikaturu Nejvyššího správního soudu dospěl k závěru, že v uplatněném rozsahu není žalobní námitka důvodná.

Nedostatečné zjištění předmětu zakázky

71. V případě další žalobní námitky vycházel žalobce z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2014, č. j. 3 As 63/2014-28, a na základě citovaného rozhodnutí namítl, že žalovaný nepostupoval podle vyjádřeného názoru Nejvyššího správního soudu a rozhodnutí je proto nepřezkoumatelné.
72. Soud nesouhlasí ani s touto žalobní námitkou, a to proto, že citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2014 je pro souzenou věc zcela nepřipadný. Podstatou citované věci byl soudní přezkum rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-R246/2012/VZ-19482/2012/310/IPs, kterým předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zamítl rozklad společnosti O2 Czech Republic a.s. (dříve Telefónica Czech Republic, a.s.) a potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 8. 2012, č. j. ÚOHS-S71/2012/VZ-6285/2012/510/MOne. Tímto rozhodnutím byl zamítnut návrh společnosti O2 Czech Republic a.s. na přezkoumání úkonů zadavatele (osoby zúčastněné na jmenovaném řízení) učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „Vytvoření a implementace základu jednotné technologické platformy včetně identity managementu, platformy pro vytěžování dat a napojení na základní registry veřejné správy“ v otevřeném řízení podle ustanovení § 27 ZVZ.
73. Podstatou citované věci byl tedy **přezkum úkonů zadavatele při zadání veřejné zakázky**, oproti tomu podstatou nyní posuzované věci je posouzení zákonnosti rozhodnutí o **správním deliktu**. Obě řízení a jejich předměty jsou proto zcela odlišná a závěry vyslovené v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nejsou plně přenositelné do řízení o správním deliktu. Zásadní rozdíl řízení o správním deliktu zadavatele veřejné zakázky je v tom, že toto řízení může být zahájeno i z úřední povinnosti na základě podnětu kohokoliv a je pouze a jedině na Úřadu, zda řízení zahájí nebo nikoliv. Ani oznamovatel nemá právní nárok na zahájení řízení proti zadavateli. Z tohoto důvodů je pro sankční řízení zcela irelevantní, zda žalovaný, resp. správní orgán prvního stupně hodnotil to, zda společnost Kaiser servis, spol. s r.o. by byla schopna splnit předmět veřejné zakázky nebo nikoliv, protože v řízení zahájeném z úřední povinnosti hodnotily správní orgány pouze a jedině to, zda podmínky veřejné zakázky vypsane žalobcem jsou v souladu se zákonem.
74. Porušení zásady diskriminace v souzené věci nemá žádný vztah k možnosti nebo nemožnosti společnosti Kaiser servis, spol. s r.o. splnit předmět veřejné zakázky. I tato žalobní námitka je proto nedůvodná.

Konstrukce nabídkové ceny

75. Podle žalobce není v napadeném rozhodnutí uvedeno, co bylo základem pro zjištění ceny veřejné zakázky, a závěry žalovaného i správního orgánu prvního stupně nemají oporu ve skutkových zjištěních a jsou v rozporu s objektivní realitou.
76. K této žalobní námitce je třeba poukázat na skutečnost, že konstrukcí ceny veřejné zakázky jako základu pro určení výše pokuty se zdejší soud zabýval již v předchozím rozhodnutí ve věci sp. zn. 31 Af 30/2013, a to následovně: „K žalobním námitkám proti určení výše ceny veřejné zakázky, která byla žalovaným použita pro určení horní hranice pro uložení pokuty ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ, krajský soud uvádí následující. Citované ustanovení v rozhodném znění zakotvovalo rozmezí pro uložení sankce tak, že Za správní delikt se uloží pokuta do a) 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d). Krajský soud v prvé řadě konstatuje, že toto ustanovení je založeno na dvou alternativách pro určení horní hranice výše pokuty, přičemž přednost má kritérium ceny veřejné zakázky. Teprve pokud „celkovou cenu

veřejné zakázky“ není možné zjistit, je možné užít subsidiárně pevnou hranici, která v době, kdy se skutek stal, činila 10 000 000 Kč. Krajský soud při posouzení těchto námitek žalobce vycházel z kopie zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky založené ve správním spisu žalovaného. Podle bodu 12. zadávací dokumentace otázku ceny pro účely hodnocení nabídek (cena byla základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky) řešila příloha č. 2 zadávací dokumentace. Podle této přílohy měla být nabídková cena určena skrze vyplnění tabulky jednotlivých nabídkových cen plnění (C1 – C14), které byly rozlišeny dle počtu speciálních odpadových nádob (SON), eventuálně dle mobilního sovozu (C8, C9). Nabídková cena měla být vypočtena zadavatelem podle vzorce „ $C1+C2+C3+C4+C5:4 + C6:4 + C7:26 + C8:26 + C9:26 + C11 + C12 + C13:2 + C14 = C15$.“ Kromě toho je v příloze č. 2 zadávací dokumentace uvedeno, že „tam, kde to Smlouva stanoví, bud odměna poskytovatele navýšena o částku, která bude vypočtena jako součin poskytovatelem doložené jednotkové ceny ekologické likvidace odpadu a skutečné tonáže odpadu. Nabídkové ceny C1 až C14 proto nemají obsahovat toto navýšení odměny.“ Nabídková cena měla být vypočtena za celé období vypsání zakázky, v předmětné věci tedy za 4 roky.

77. Krajský soud posoudil tuto skutkovou situaci z pohledu vnitřní systematiky ZVZ, jakož i účelu a smyslu aplikovaného ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ. Je třeba totiž vycházet z toho, že zákon důsledně odlišuje tzv. nabídkovou cenu (srov. k tomu § 17 písm. c), § 22 odst. 1 písm. e), § 30 odst. 6, § 44 odst. 3 ZVZ atd.), a celkovou cenu zakázky, která je upřednostňovaným kritériem při aplikaci citovaného § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ. Nejde o pojmy explicitně zákonem definované, nicméně krajský soud má za to, že právě z kontextu užití pojmu „celková cena zakázky“ je patrné, že zákonodárce pro účely uložení sankce za správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. a), c) a d) ZVZ považoval za vhodné primárně vycházet z celkové ceny zakázky, která byla vysoutěžena a na niž byla uzavřena smlouva. U všech tří skutkových podstat správních deliktů, které jsou vymezeny citovaným § 120 odst. 1 písm. a), c) a d) ZVZ je pojmovým znakem uzavření smlouvy. Je proto třeba vycházet ze samotné smlouvy uzavřené s vítězným uchazečem (v předmětné věci dodavatel A.S.A., spol. s r.o.), který byl zadavatelem vybrán s nejnižší nabídkovou cenou (C15). Podle této smlouvy je řešena odměna dodavatele systémem dílčích cen za soz určitého druhu odpadu (směsného komunálního odpadu, využitelného odpadu papírového a lepenkového, využitelného odpadu plastového, a využitelného odpadu kompozitní povahy atd.), a to jednotkovým způsobem na počet SON. Dále předmětná smlouva navíc upravuje odměnu z převzetí odpadů z lapáku písku, kde cena odvisí od součtu pevně stanovené částky za měsíc (1440 Kč) a navýšení odměny odvislého od součinu ceny ekologické likvidace odpadu a skutečné tonáže odpadu.
78. Krajský soud se při hodnocení této otázky ztotožnil s názorem žalovaného, že celková cena zakázky nebyla stanovena předmětnou smlouvou tak, aby ji bylo možno využít pro stanovení horní hranice zákonné sankce ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ v rozhodném znění. Jakkoliv nepochybně bylo možné určit celkovou cenu zakázky přibližně, takový způsob určení horní hranice určení sankce není v souladu s principy právního státu, zejména s principem předvídatelnosti, jakož i zásadami veřejnoprávního trestání (nulla poena sine lege). Správní úvaha žalovaného co do výše sankce musí být limitována jednoznačně a určité horní hranicí výše trestu tak, aby bylo možno v každém jednotlivém případě přesně určit, do jaké výše může být žalovaným pokuta uložena. Jelikož v předmětné věci nebylo možné celkovou cenu zakázky dovést s dostatečnou přesností, žalovaný postupoval správně, pokud vycházel v souladu s účelem subsidiárního pravidla stanovícího pevnou částku z výše 10 000 000 Kč.“
79. Zdejší soud nemá důvod na těchto závěrech cokoli měnit, neboť žalobní argumentace nijak nezpochybnila výše uvedené závěry z předchozího rozsudku. V žalobní námitce rubrikované pod bodem VIII. žalobce odkazuje na odůvodnění rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, které bylo v otázce pokuty shledáno zákonným již ve spojení se zrušeným předcházejícím rozhodnutím žalovaného. Žalobce tak vůbec nereaguje na nyní žalobou napadené rozhodnutí.
80. Jedinou reakcí, úzce však související se zjištěním skutkového stavu pro stanovení celkové ceny veřejné zakázky, je až žalobní námitka rubrikovaná pod bodem IX., ve kterém žalobce poukázal na to, že uplatnil v řízení listinný důkaz o svých platbách vybranému uchazeči a že žalovaný bez opory ve správním spise dovedl, že ze smlouvy je nadále plněno a že byla

zadavatelem využita možnost jejího prodloužení atd. S touto žalobní námitkou se soud taktéž neztotožnil, neboť z bodů 80. a 81. napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, že žalobcem předložené faktury posoudil žalovaný jako doložení fakturace za plnění na základě smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku, tyto takto hodnotil a dospěl k logickému závěru, že prokazují, že plnění ze smlouvy nebylo doposud ukončeno, neboť sám žalobce doložil nepřetržitý řetězec faktur od 11/2011 do 7/2015, tedy měsíce předcházejícího vydání žalobou napadeného rozhodnutí.

81. Soud proto opětovně odkazuje na závěry rozhodnutí ve věci sp. zn. 31Af 30/2013 s tím, že z uvedených důvodů nedospěl k závěru o nezákonnosti žalobu napadeného rozhodnutí na základě námitek rubrikovaných v podané žalobě pod body VIII. a IX.

Konzistentnost rozhodování žalovaného a nezohlednění délky řízení

82. Taktéž k (tehdy výrazně podrobněji odůvodněné) námitce nekonzistentnosti rozhodování žalovaného se zdejší soud vyjádřil v předchozím rozhodnutí ve věci sp. zn. 31Af 30/2013 a taktéž na těchto závěrech nemá s ohledem na argumentaci žalobce důvod cokoliv měnit. Opětovně tak lze k pojmu legitimního očekávání pramenícího z ustálené správní praxe lze odkázat na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu, který v usnesení rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 -132 (publikováno ve Sbírce rozhodnutí NSS pod č. 1915/2009) ve vazbě na některé doktrinální přístupy obecně k vymezení tohoto pojmu uvedl, že: „Obecně mohou být očekávání rozdělena do dvou skupin. Za prvé se jedná o očekávání procedurálního charakteru, kdy je přislíben určitý procedurální postup, který jinak není povinný. Druhým případem legitimního očekávání je očekávání meritorního či příznivého rozhodnutí orgánu veřejné moci. Procedurální očekávání jsou chráněna tím, že je vyžadováno, aby byl přislíbený postup dodržován. Očekávání týkající se meritorního rozhodnutí jsou zpravidla chráněna procesně např. tím, že je dotčené osobě rozšířena možnost vznášet námitky, než je její očekávání vyvráceno. Dotčené osoby tedy nemají nárok na příznivé rozhodnutí, ale musí být ochráněna jejich důvěra v to, že rozhodující orgán dostojí svým povinnostem. S ohledem na výše uvedené rozšířený senát uzavírá, že správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Jen taková správní praxe je doplněním psaného práva a je způsobilá modifikovat pravidla obsažená v právní normě.“

83. S ohledem na opětovné uplatnění této námitky mohl žalobce očekávat, že krajský soud znovu vyjde z tohoto vymezení zásady legitimního očekávání určité správní praxe, neboť již v minulém rozhodnutí se plně ztotožnil s tím, že samotná otázka vzniku legitimního očekávání v konkrétní věci je otázkou v prvé řadě skutkovou. V předcházející žalobě namítal žalobce srovnání s konkrétním rozhodnutím vydaným ve skutkově jiné věci, soud tehdy poukázal na to, že nelze vycházet z toho, že by hodnocení žalovaného a úvaha o výši sankce mohla být zcela totožná.

84. Opětovně soud konstatuje, že správní praxi může vytvořit pouze řada na sebe navazujících rozhodnutí, která vytvoří ustálený výklad a postup ve srovnatelných věcech. V předmětné věci žalovaný dostatečně v bodu 85. rozhodnutí zdůvodnil, v čem spočívaly odlišnosti případu rozhodovaného napadeným rozhodnutím, a proto této jeho námitce krajský soud nepřisvědčil.

85. Jestliže žalobce odkazuje na ustanovení § 39 odst. 3 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník (Při stanovení druhu trestu a jeho výměry soud přihlédne k polehčujícím a přitěžujícím okolnostem (§ 41 a 42), k době, která uplynula od spáchání trestného činu, k případné změně situace a k délce trestního řízení, trvalo-li nepřiměřeně dlouhou dobu. Při posouzení přiměřenosti délky trestního řízení soud přihlédne ke složitosti věci, k postupu orgánů činných v trestním řízení, k významu trestního řízení pro pachatele a k jeho jednání, kterým přispěl k průtahům v trestním řízení.), a povinnost zohlednit délku řízení ve prospěch žalobce, nepovažuje soud tuto argumentaci za přílehavou.

86. Ustanovení § 121 odst. 2 ZVZ žádnou takovou objektivní povinnost žalovanému neukládá a soud nespaturuje důvod pro analogickou aplikaci citovaného ustanovení trestního zákoníku na správní řízení. Podle názoru zdejšího soudu je prostor pro zohlednění všech relevantních skutečností, tedy i případné délky řízení a doby od spáchání správního deliktu dán i v rámci úpravy ustanovení § 121 odst. 2 ZVZ. Zároveň je z obsahu správního spisu patrné, že se jedná o posouzení veřejné zakázky uveřejněné dne 8. 4. 2011, a správní orgán prvního stupně zahájil řízení v červnu 2012, rozhodl ve věci v srpnu 2012 a o prvním rozkladu žalovaný rozhodl v únoru 2013. Následně bylo do května 2015 vedeno řízení před zdejším soudem, přičemž po zrušení předchozího rozhodnutí rozhodl žalovaný opětovně v srpnu 2015. Z uvedeného je patrné, že řízení před samotnými správními orgány nebylo nijak excesivně dlouhé.
87. Pokud žalobce odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 9. 2015, č. j. 5 As 147/2014-54, považuje soud tento odkaz za zcela nadbytečný a účelový. Zdejší soud nijak nezpochybuje, že Nejvyšší správní soud z veřejně dostupných informací ověřoval praxi žalovaného (mimoходом týkající se vedení řízení), avšak tato skutečnost nemá dopad na žalobou napadené rozhodnutí. Pokud se žalobce chtěl dovolávat porušení zásady legitimního očekávání, je na něm, aby unesl důkazní břemeno porušení této zásady, přičemž bez pochyby i na žalovaného dopadá ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, což ale nezpochybuje ani sám žalovaný.
88. Ani tuto žalobní námitku tak soud neshledal jako důvodnou.

Shrnutí a náklady řízení

89. S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že rozhodnutí žalovaného, kterým byl zamítnut rozklad žalobce, bylo vydáno v souladu se zákonem a shora uvedené žalobní námitky uplatněné žalobcem nejsou důvodné. Soudu tedy nezbylo, než žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnout.
90. Výroky o nákladech řízení mají oporu v ustanovení § 60 odst. 1 s.ř.s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce v řízení úspěšný nebyl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřísluší. Žalovaný, který měl v řízení plný úspěch, náhradu nákladů řízení nepožadoval, proto soud rozhodl tak, že se mu právo na náhradu nákladů řízení nepřiznává.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno dne 24. 1. 2018

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v.r.
předsedkyně senátu