



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace**, se sídlem Sokolov, Chebská 282, zastoupený JUDr. Richardem Šenderou, advokátem, se sídlem Sokolov, K. H. Borovského 63, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2014, č.j. ÚOHS-R430/2013/VZ-24854/2014/323/RBu,

### t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2014, č.j. ÚOHS-R430/2013/VZ-24854/2014/323/RBu, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovaný je **povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 15 342 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Richarda Šendery, advokáta, se sídlem Sokolov, K. H. Borovského 63.

## **O d ů v o d n ě n í :**

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.11.2014, č.j. ÚOHS-R430/2013/VZ-24854/2014/323/RBu, kterým byl zamítnut rozklad žalobce proti prvostupňovému rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.12.2013, č.j. ÚOHS-S114/2013/VZ-23767/2013/513/ZMr/RNi, a toto prvostupňové rozhodnutí potvrzeno.

### I. Podstata věci

Žalobce coby zadavatel zadával v otevřeném zadávacím řízení veřejnou zakázku „Rekonstrukce silnice II/210 – průtah Kraslice“. Předmět veřejné zakázky byl vymezen jako rekonstrukce silnice II/210 - průtah Kraslice, vybudování podélných parkovacích pruhů, zálivů autobusové zastávky, přechodů pro chodce, úpravy osvětlení, vegetační úpravy, obnova VDZ a SDZ, obnova stávajícího systému odvodnění a rekonstrukce mostu ev. č. 210-036.

V rámci požadavků na prokázání splnění kvalifikace žalobce v bodu II.1.2. Oznámení o veřejné zakázce požadoval, aby uchazeč prokázal své technické kvalifikační předpoklady seznamem významných dodávek realizovaných v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění. V bodu 4.4.1 odst. a) části I. zadávací dokumentace pak žalobce požadoval ke splnění kvalifikačních předpokladů předložení seznamu minimálně dvou významných dodávek s celkovými náklady minimálně 30 mil Kč (za jednu zakázku) realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění.

Žalovaný vycházel z toho, že jde o veřejnou zakázku na stavební práce, a dospěl k závěru, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách („ZVZ“), tím, že nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, když v bodu 4.4 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku požadoval seznam stavebních prací provedených dodavatelem za poslední 3 roky, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem. Za to žalobci uložil pokutu ve výši 1 000 000 Kč.

Závěr o spáchání správního deliktu žalovaný vystavěl na konstrukci, podle níž požadoval-li žalobce doložení seznamu významných stavebních prací za období 3 let, postupoval v rozporu s § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, který stanoví období 5 let. Podle žalovaného „výrobní proces“ stavebních prací je zpravidla delší, než jaký je v případě veřejných zakázek na dodávky či služby, a proto je u veřejných zakázek na stavební práce delší období, za které je dodavatel oprávněn prokazovat splnění technických kvalifikačních předpokladů. Zadavatel (tu žalobce) podle žalovaného může zvolit

určitý způsob prokázání technických kvalifikačních předpokladů, nesmí tak však učinit přísněji než ZVZ. Žalobce omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínky zadavatele za období 5 let, což podle žalovaného mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by žalobce postupoval v souladu se ZVZ, mohl být okruh uchazečů širší a zadavatel mohl obdržet i výhodnější nabídky, než byla nabídka vybraného uchazeče.

## II. Shrnutí žaloby

Žalobce předně zpochybňuje, že by svým jednáním naplnil znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ; v řízení podle žalobce nebyla vyvrácena jeho argumentace ohledně nenaplnění těchto znaků a závěry žalovaného ohledně možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nebyly prokázány. Lhůtu 5 let pro předložení referencí o realizovaných stavebních pracích zkrátil žalobce na 3 roky neúmyslně, uchazeči se uvedeným zkrácením necítili být diskriminováni, zadávacího řízení se svými nabídkami zúčastnil obvyklý počet uchazečů, lhůta 5 let je v oboru notoriem, kterou pochybení žalobce nemohlo zpochybnit, v zadávacím řízení žalobce nadto uznal i reference předkládané za období 5 let, nikoli pouze za roky 3. Žalovaný neopatřil žádný důkaz, z něhož by mohl dovodit, že někteří z dodavatelů byli od podání nabídek zkrácením uvedené lhůty odrazeni, žalovaný se ani nezabýval tím, zda ve skutečnosti mohl existovat dodavatel, který by byl schopen předložit reference za období 5 let a zároveň nikoli za období 3 let. Pak tedy žalovaný podle žalobce nemohl dospět k závěru o splnění znaku „podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“. Nedošlo tak k naplnění formální ani materiální stránky správního deliktu.

Dále žalobce argumentuje proti výši uložené pokuty. Žalobce jednak uvádí, že v minulosti za stejné pochybení byla jinému zadavateli uložena citelně nižší pokuta, stejně tak žalovaný v minulosti ukládal nižší pokuty v případech obdobných nyní posuzovanému i za mnohem závažnější jednání (vícečetná porušení ZVZ úmyslným jednáním). Žalovaný tedy nedostatečně zohlednil jím zmiňované polehčující okolnosti, nadto nesprávně posoudil otázku likvidačního charakteru pokuty.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení, případně uloženou pokutu snížit či od pokuty upustit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před soudem.

## III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření plně setrval na závěrech, k nimž dospěl v napadeném rozhodnutí. Žalovaný jednotlivé žalobní argumenty vypořádává věcně shodně jako v napadeném rozhodnutí, na toto rozhodnutí též odkazuje.

Žalovaný tedy navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

#### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

O žalobě zdejší soud již jedenkrát rozhodoval, a sice dne 9.3.2016 rozsudkem č.j. 62 Af 9/2015-79. Napadené rozhodnutí zrušil, neboť za prokázaný nepovažoval druhý ze znaků správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, tj. alespoň způsobilost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky porušením § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, jež spočívalo ve zkrácení lhůty k prokázání seznamu stavebních prací provedených dodavatelem z pěti let na tři roky. Nejvyšší správní soud však měl naopak tento znak za prokázaný, a proto rozsudkem ze dne 28.6.2016, č.j. 4 As 61/2016-34, uvedený rozsudek zdejšího soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Jeho právním názorem je zdejší soud nyní vázán (§ 110 odst. 4 s.ř.s.).

#### IV.1.

Pokud jde o znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (ve znění na věc použitelném), ty jsou následující:

1. zadavatel nedodržel postup stanovený ZVZ pro zadání veřejné zakázky,
2. tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky,
3. uzavřel smlouvu s uchazečem podle § 82 ZVZ.

Aby se žalobce správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ dopustil, musely by být všechny uvedené znaky splněny kumulativně.

Mezi žalobcem a žalovaným není sporu ohledně splnění znaků 1. a 3.; nesporné je tedy jak uzavření smlouvy v zadávacím řízení s vybraným uchazečem (ta byla uzavřena dne 1.6.2007), tak skutečnost, že žalobce mohl (není-li zpochybnováno ani to, že se v posuzované věci jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce) od dodavatelů (uchazečů) požadovat reference podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ za dobu pěti let zpětně, nikoli tří let zpětně (k této otázce již existuje konstantní rozhodovací praxe; rozsudky zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62 Af 18/2012 ze dne 18.4.2013 a ve věci sp. zn. 29 Af 80/2012 ze dne 26.6.2014, rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 7 Afs 44/2013 ze dne 7.11.2013), a pokud tak žalobce učinil, § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ tím porušil.

Sporu je mezi žalobcem a žalovaným ohledně splnění znaku 2., tj. alespoň možností podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Žalovaný ohledně naplnění tohoto znaku správního deliktu vyšel z toho, že žalobce omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit podmínku žalobce za období 5 let, a proto mohlo podle žalovaného toto porušení ZVZ ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by žalobce postupoval v souladu se ZVZ, mohl být okruh uchazečů i širší a žalobce mohl obdržet i výhodnější nabídky, než byla nabídka vybraného uchazeče (bod 22. prvostupňového rozhodnutí).

K argumentu žalobce, že dvanáct podaných nabídek (jako tomu bylo v tomto zadávacím řízení) je standardním počtem, žalovaný uvedl, že tato skutečnost nemůže být jediným argumentem pro zpětnou obhajobu postupu žalobce, neboť nelze prokazatelně vyloučit, že v případě stanovení rozhodného období v souladu se ZVZ by nabídku podali i jiní dodavatelé, přičemž nelze spolehlivě vyloučit ani to, že některý z těchto dodavatelů by podal nabídku pro zadavatele výhodnější, než byla podána vybraným uchazečem (bod 23. prvostupňového rozhodnutí). Ke skutečnosti, že šest zájemců o veřejnou zakázku, z nichž pět podalo nabídku, prostřednictvím prohlášení k zadávací dokumentaci uvedlo, že se necítí být diskriminováno chybně uvedeným údajem, se žalovaný vyjádřil v tom směru, že se jedná o dodavatele, kteří podali nabídku a zadávacího řízení se účastnili, a jednoho dodavatele, který si vyzvednul zadávací dokumentaci, avšak nabídku na základě vlastního uvážení nepodal, a tedy nejde o reprezentativní vzorek, neboť skupinu potenciálních zájemců, které mohlo žalobcem chybně stanovené období odradit od podání nabídky, tento vzorek nezasahuje (bod 24. prvostupňového rozhodnutí). K argumentu žalobce, že předmět plnění veřejné zakázky je schopna provádět pouze specializovaná společnost, která práce, jež jsou předmětem plnění veřejné zakázky, provádí každoročně, žalovaný připustil, že předmět plnění je specifickým stavebním oborem, který vyžaduje speciální znalosti a dovednosti v oboru, je však dohadem, že by dodavatel, v jednom roce z pětiletého období, v rámci kterého je možno prokázat předmětný technický kvalifikační předpoklad, nerealizoval charakterem a rozsahem obdobnou zakázku, nebyl schopen nyní žalobcem požadované plnění realizovat (bod 25. prvostupňového rozhodnutí). V napadeném rozhodnutí pak žalovaný k naplnění tohoto znaku správního deliktu argumentoval v tom směru, že úvahy obsažené v prvostupňovém rozhodnutí (sumarizovány shora) nelze považovat za spekulativní, založené na ničím nepodložených domněnkách, jak žalobce v rozkladu namítal, neboť v posuzované věci nelze vyloučit, že pokud by žalobce nezkrátil výše uvedenou lhůtu týkající se prokázání technických kvalifikačních předpokladů, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče (bod 39. napadeného rozhodnutí).

Ze shora uvedeného zdejšímu soudu plyne, že druhý ze tří znaků správního deliktu měl žalovaný za splněný hypotetickou možností, že nebytí omezení doby, z níž měly reference podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ pocházet, z pěti let na tři roky, mohli nabídku podat i ti dodavatelé, kteří ji nepodali (a kteří si ani nevyzvedli zadávací dokumentaci). Možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky tedy žalovaný vztahuje k okruhu těch dodavatelů, kteří nabídku vůbec nepodali, nikoli k těm, kteří ji podali (resp. v jednom případě k tomu dodavateli, který zřejmě zvažoval podání nabídky, když si vyzvedl u žalobce zadávací dokumentaci, a pak nabídku nepodal). Ve vztahu k této konstrukci tedy není namístě žalobcem argumentovat tak, že ti dodavatelé, kteří nabídku podali (resp. v jednom případě si dodavatel vyzvedl zadávací dokumentaci, ale nabídku nepodal), nesprávně stanoveným obdobím pro prokazování referencí žádnou diskriminaci nepociťovali, ani že žalobce i přes nesprávné stanovení období pro prokazování referencí (jako tříletého) k posuzování referencí nakonec přistupoval tak, jakoby toto období bylo stanoveno správně (jako pětileté v souladu s § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ). Může jít sice v širším kontextu o podpůrné argumenty směrem k minimalizaci následků porušení § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ, ani jeden z těchto argumentů však nevyvrací nosnou úvahu žalovaného, na níž je naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu vystavěno, a sice že nelze vyloučit, že pokud by žalobce nezkrátil výše uvedenou lhůtu týkající se prokázání technických kvalifikačních předpokladů, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče.

Zdejší soud v rozsudku č.j. 62 Af 9/2015-79 ze dne 9.3.2016 vyšel z toho, že pokud jde o shora uvedenou nosnou úvahu žalovaného, ani žalovaný v rámci ní netvrdí, že by jakýkoli průzkum trhu v rámci opatřování podkladu rozhodnutí uskutečňoval, popř. že by jakkoli jinak měl po skutkové stránce za prokázané, že takový dodavatel (který mohl podat nabídku, avšak z důvodu nesprávně stanoveného období pro prokazování referencí ji nepodal) vůbec existuje. Úvaha je založena na obecné – podle žalovaného ničím nevyložené – možnosti, že takový dodavatel „může existovat“. Pak je tedy podle zdejšího soudu závěr žalovaného ohledně naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu vystavěn na skutkové domněnce ohledně existence dalších dodavatelů. Žalobce tuto konstrukci pokládá za nesprávnou.

ZVZ obsahuje řadu pravidel, kterými se zadavatel v zadávacím řízení musí řídit. Některá z nich přímo ovlivňují (omezují) okruh možných dodavatelů – a některá jsou dokonce přímo určena k tomu, aby okruh možných dodavatelů ovlivňovala (omezovala) tak, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze takoví dodavatelé, kteří jsou k jejímu plnění odborně a technicky (a podle na věc aplikovatelného znění ZVZ i ekonomicky) způsobilí. Pod taková pravidla je třeba řadit právě pravidla ohledně požadavků zadavatelů na prokazování splnění kvalifikace – a tedy i pravidlo podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ. Zdejší soud byl původně toho názoru, že za situace, kdy jsou porušena pravidla ze své podstaty (i jejich samotného smyslu) ovlivňující

(omezující) počet dodavatelů, kteří se mohou o veřejnou zakázku ucházet, a kdy zároveň ze žádného podkladu rozhodnutí, jenž by procházel správním spisem, neplyne, že by předmětem veřejné zakázky byla vysoce specializovaná činnost, k níž by byl způsobilý velmi omezený a fakticky uzavřený počet dodavatelů, ohledně nichž by bylo pravděpodobné, že nabídky v zadávacím řízení také podali (a že tedy jiní dodavatelé způsobilí předmět veřejné zakázky plnit na trhu neexistují), pak naplnění druhého z uvedených tří znaků správního deliktu (tj. alespoň možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) se sice může jevit jako pravděpodobné, bez dalšího však nemůže jít o znak prokázaný. Pokud by vždy měla pro naplnění druhého z uvedených tří znaků deliktu postačovat hypotéza, podle níž „může existovat“ dodavatel, který byl od podání nabídky odrazen postupem zadavatele vykazujícím znaky porušení ZVZ, pak by se podle původního názoru zdejšího soudu zcela ztrácel rozdíl mezi porušením ZVZ (jež je prvním ze tří znaků správního deliktu) a jeho kvalifikovanou formou (jež je druhým ze tří znaků správního deliktu). Absolutní přijetí takové konstrukce by podle původního názoru zdejšího soudu znamenalo, že nejde o znaky dva, nýbrž jeden, toliko je třeba ke zjištěnému porušení ZVZ doplnit obecnou (a bez jakékoli skutkové opory vždy použitelnou) hypotézu, podle níž nelze vyloučit, že porušení ZVZ (a to přinejmenším kdykoli, kdy by porušení ZVZ jakkoli souviselo s obsahem zadávacích podmínek) mohlo způsobit, že některý z (pro podání nabídky teoreticky v úvahu přicházejících) dodavatelů nabídku nepodal. Takto však § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ konstruován není a takto nemohl být zamýšlen ani zákonodárcem. Absolutní přijetí právě uvedené konstrukce by podle původního názoru zdejšího soudu navíc znamenalo rezignaci na zkoumání nejen formální, nýbrž i materiální stránky správního deliktu; dostatečnou míru společenské nebezpečnosti konkrétního porušení ZVZ by totiž bylo možno v takovém případě shodně (jednotně) dovozovat pro jakékoli porušení ZVZ, a to přinejmenším tehdy, mohlo-li by se hypoteticky promítnout v přístupu dodavatelů k veřejné zakázce. Ustanovení, jež mají otevírat přístup dodavatelům do zadávacího řízení, je přitom v ZVZ řada a podpora hospodářské soutěže mezi dodavateli je ostatně samotným cílem ZVZ, pohledem něhož je zapotřebí jednotlivá pravidla plynoucí ze ZVZ interpretovat (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008). Absolutní přijetí uvedené konstrukce by tak podle původního názoru zdejšího soudu popíralo samotný smysl znaků správního deliktu, jak jsou v § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ uvedeny, na jejichž naplnění je teprve vázána možnost uložit pokutu (odlišně od „pouhého“ porušení ZVZ bez naplnění ostatních – zbylých dvou – znaků správního deliktu). Proto je jakékoli automatické přijetí konstrukce žalovaného založené na skutkové domněnce „určitě existujících“ jiných dodavatelů podle původního názoru zdejšího soudu nepřijatelné.

Vztaženo k nyní posuzované věci, žalovaným dovozená hypotéza existence jiných dodavatelů, než kteří podali nabídky (a kteří je v důsledku postupu žalobce nepodali), není podle původního názoru zdejšího soudu nezpochybnitelná a nadto žalobcem již v průběhu správního řízení zpochybňována byla. Žalobce ve správním

řízení argumentoval mimo jiné tak, že sice ZVZ porušil, nikdo z dodavatelů však nebyl od podání nabídky odrazen, což stavěl po skutkové stránce do souvislosti jednak s tím, že nabídku v zadávacím řízení v nyní posuzované věci podal obdobný počet dodavatelů jako v jiných zadávacích řízeních, kde ve vztahu k referencím bylo stanoveno správné pětileté období, a nadto s tím, že předmět plnění v nyní posuzované věci vylučuje, aby dodavatel referencí disponoval v období pěti let zpětně a zároveň nikoli tří let zpětně (žalobce používá argument technickými důvody, materiálním a strojním vybavením atd.). Z toho žalobce dovozoval, že okruh dodavatelů podávajících nabídky se neliší od okruhu dodavatelů, kteří by nabídky podali při stanovení pětiletého období k prokazování referencí. Jakkoli taková argumentace žalobce může působit odvážně, zdejší soud byl původně toho názoru, že je-li jí vyvracena hypotetická možnost reálného vlivu na hodnocení nabídek (tím spíše, museli být dovození správního deliktu vystavěno na možnosti nikoli jakéhokoli, nýbrž podstatného ovlivnění hodnocení nabídek), musí být věcně vypořádána; věcným vypořádáním však není reakce žalovaného, jejíž podstatou je o nic neopřené přesvědčení žalovaného, že jednoduše může existovat dodavatel, který byl od podání nabídky odrazen (je-li podstatou obrany žalobce tvrzení opaku).

Nejvyšší správní soud však v rozsudku č.j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28.6.2016 dospěl k závěru, že nelze přisvědčit požadavku zdejšího soudu, aby žalovaný zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce jako zadavatel předmětné veřejné zakázky v rozporu se zněním § 56 odst. 3 ZVZ zkrátil dobu, ve vztahu k níž měl takový dodavatel předložit příslušné reference. V takovém případě by totiž žalovaný fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku. Jak totiž zdejší soud v rozsudcích ze dne 26. 9. 2012, č. j. 31 Af 23/2012 – 40, a ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010 – 159, uvedl, skutková podstata předmětného správního deliktu zahrnuje jak poruchový, tak i ohrožovací delikt. V případě, že správní orgán, tedy žalovaný, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž žalovaný toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, v konkrétní věci, zda tu skutečně byla výhodnější nabídka jiného dodavatele, který od jejího podání ustoupil pouze z důvodu chybného stanovení kvalifikačních předpokladů. Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem žalovaného, že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.



Dále Nejvyšší správní soud poznamenal, že závěry žalovaného nejsou ryze hypotetického charakteru. Jak totiž Nejvyšší správní soud z předloženého správního spisu zjistil, nabídku do předmětného zadávacího řízení podala i společnost ALGON PLUS a.s., ve vztahu k níž hodnotící komise konstatovala, že její nabídka nesplňuje technické kvalifikační předpoklady dle § 56 odst. 3 ZVZ, tudíž navrhla její vyřazení. Ze správního spisu však není možno zjistit, zda tento uchazeč byl skutečně vyřazen a z jakého konkrétního důvodu (zda proto, že poslední dvě – jinak vyhovující požadavkům předmětnému zadání – stavební zakázky provedl v období posledních pěti a nikoliv tří let před vypsáním veřejné zakázky nebo z důvodu jiných). Nabídka uchazeče ALGON však nebyla hodnocena a není ani součástí dokumentace veřejné zakázky, nelze ani ověřit, zda tato nabídka nebyla výhodnější než vybraná nabídka. Součástí spisu je naopak prohlášení společnosti ALGON a.s. z 1. 6. 2012, podle něhož se tato společnost necítila diskriminována chybou v Oznámení o zakázce zveřejněném v ISVZUS, přičemž doklady k prokázání technických kvalifikačních předpokladů doložili dle zákona platného v době podání nabídky (v posledních 5 letech). Nelze tedy v tomto směru jednoznačně deklarovat, že skutečně došlo k vyřazení tohoto uchazeče z důvodu nesprávného stanovení podmínek zadávacího řízení v rozporu s ustanovením § 56 odst. 3 ZVZ, což by naopak svědčilo pro to, že by se v dané věci nejednalo o ohrožovací delikt, ale o poruchový, pokud by byly prokázány všechny podmínky pro jeho konstatování dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ; to by jistě mělo vliv i na stanovení výše pokuty. Podle Nejvyššího správního soudu však na druhou stranu nelze zjednodušeně tvrdit, že závěry žalovaného jsou ryze hypotetické, neboť nebyly ničím podloženy. Byť tím žalovaný v napadeném rozhodnutí nijak neargumentuje – patrně pro nemožnost přesného určení důvodu vyloučení tohoto uchazeče – je zjevné, že nesprávný postup zadavatele měl na předmětné zadávací řízení jistý vliv, a mohlo dojít i k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Proto Nejvyšší správní soud uzavřel, že nelze po žalovaném požadovat, aby ohrožení právem chráněného zájmu u ohrožovacího správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ podrobně dokazoval, neboť tím by byl žalovaný nucen prokazovat jinou formu deliktu.

Zdejší soud tedy nyní, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu, má najisto postaveno, že znaky (prvky) deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ naplněny byly, včetně znaku 2., tj. alespoň možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a tedy žaloba je v tomto ohledu nedůvodná.

Zároveň není žaloba důvodná ani v té části, kde žalobce argumentuje nenaplněním materiální stránky správního deliktu. Jestliže to žalobce dovozuje z toho, že se žalovaný nezabýval skutečnostmi tvrzenými žalobcem od počátku správního řízení, tj. že se jednalo o neúmyslnou administrativní chybu a že v řízení poté postupoval tak, jakoby k této chybě nedošlo (akceptoval tzv. reference i za dobu delší než 3 roky), že se nikdo z dodavatelů necítil být diskriminován a že v obdobných

zadávacích řízeních, kde byla lhůta pro tzv. reference stanovena správně jako pětiletá, se zadávacího řízení účastnil obdobný počet dodavatelů, pak proti těmto argumentům již Nejvyšší správní soud ve zrušovacím rozsudku (v bodu 27.) dovodil, že „...je zjevné, že nesprávný postup zadavatele měl na předmětné zadávací řízení jistý vliv...“ (když o tuto sumarizaci svých předchozích úvah opřel závěr, že mohlo dojít i k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky), byť nebylo prokázáno, že by kdokoli byl ze zadávacího řízení v důsledku postupu žalobce vyloučen. Jestliže tedy postup žalobce, který mu je žalovaným vytýkán, měl na zadávací řízení vliv (a tuto skutečnost má zdejší soud postavenou najisto Nejvyšším správním soudem, tedy jakákoli polemika o ní by nyní byla bezpředmětná), pak jednání žalobce nutně dosáhlo takového stupně nebezpečnosti porušení § 56 odst. 3 ZVZ směřujícího k otevření soutěže o veřejnou zakázku pro okruh dodavatelů disponujících tzv. referencemi za dobu pěti let, že je třeba mít materiální stránku deliktu za splněnou. Materiální stránka deliktu je splněna tehdy, jestliže porušení ZVZ mělo na zadávací řízení vliv. Přestože jiný vliv než potenciální odrazení dodavatelů od podání nabídky podle zdejšího soudu dovozovat nelze, platí, že není-li bez porušení ZVZ vyloučena možnost podání nabídky jiným dodavatelem než těmi, kteří nabídky podali v situaci, kdy byl ZVZ porušen, pak skutečnost, že se v nyní posuzované věci účastnil zadávacího řízení zhruba stejný počet dodavatelů jako v případech, kdy žalobce lhůtu pro tzv. reference stanovil správně, ani osud těch dodavatelů, kteří se zadávacího řízení zúčastnili, nemůže způsobovat nedostatek materiální stránky deliktu.

Potud tedy zdejší soud pokládá žalobu za nedůvodnou.

#### IV.2.

Žalobce také brojí proti pokutě uložené ve výši 1 000 000 Kč. Pokud jde o její výši, ta – má-li obstát – musela být výsledkem především přezkoumatelného správního uvážení žalovaného. Netřeba opakovaně připomínat, že je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít; to znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Podle § 121 odst. 2 ZVZ se při určení

výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Horní hranice rozpětí pro výši pokuty v posuzované věci (5 % ceny zakázky) činila 2 940 796 Kč. Pokuta ve výši 1 000 000 Kč tedy byla uložena cca v jedné třetině zákonného rozpětí. Nejde tak o pokutu již na první pohled toliko symbolickou, u níž by byl jasně patrný její výlučně preventivní charakter, a nelze tedy bez dalšího dovodit, že mírnější potrestání žalobce vůbec nepřicházelo v úvahu.

Žalovaný po obecném úvodu ohledně ukládané pokuty její uložení v konkrétní výši odůvodnil v bodu 36. prvostupňového rozhodnutí tak, že žalobce v rozporu s § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ zkrátil lhůtu k prokázání seznamu stavebních prací provedených dodavatelem z posledních 5 let na poslední 3 roky a že byla v potaz vzata skutečnost, že žalobce svým postupem mohl omezit soutěžní prostředí, neboť informace o lhůtě k prokázání seznamu stavebních prací mohla odradit ty potenciální uchazeče o předmětnou veřejnou zakázku, kteří sice nebyli schopni prokázat požadované referenční stavby z období posledních 3 let, ale byli by schopni prokázat referenční stavby z období posledních 5 let. Omezení soutěžního prostředí je přitom podle žalovaného považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek a není vyloučeno, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídku cenově výhodnější, než byla nabídka vybraného uchazeče. Zopakování skutkové věty z rozhodnutí o správním deliktu (tedy zopakování toho, čeho se měl žalobce dopustit, tj. čím měl ZVZ porušit) a navazující dílčí závěr žalovaného v tom směru, že postup žalobce mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jsou ovšem samotnými znaky správního deliktu, jež tu žalovaný tedy pouze zopakoval; nejde o žádnou úvahu směrem k ukládané sankci. Konstatování, že není vyloučeno, že pokud by žalobce postupoval v souladu se ZVZ, mohl obdržet nabídku cenově výhodnější, než byla nabídka vybraného uchazeče, je zopakováním důvodů, na nichž je založeno naplnění 2. ze znaků správního deliktu; ani tu nejde o žádnou úvahu směrem k ukládané sankci. Z bodu 36. prvostupňového rozhodnutí tedy zbývá pouze konstatování, podle něhož omezení soutěžního prostředí je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek.

V navazujících bodech prvostupňového rozhodnutí se pak žalovaný vyjadřuje k prohlášením, ve kterých uchazeči o veřejnou zakázku deklarují, že se chybou v zadávací dokumentaci necítili diskriminováni ani odrazeni od účasti v soutěži o veřejnou zakázku, a sice tak, že tato prohlášení nedokazují, že od účasti ve veřejné zakázce (správně zřejmě v zadávacím řízení) nebyli odrazeni jiní dodavatelé (bod 37. prvostupňového rozhodnutí), a dále žalovaný konstatuje, že žalobce obdržel 12 nabídek, přičemž 9 z těchto nabídek bylo hodnoceno, a tedy soutěžní prostředí nebylo zcela vyloučeno (bod 38. prvostupňového rozhodnutí). V bodu 37. se tedy žalovaný

opět vyjadřuje k jednomu ze znaků správního deliktu, aniž by se podle zdejšího soudu jednalo o jakoukoli úvahu ve směru k ukládané sankci, a tedy zbývá konstatování v bodu 38. prvostupňového rozhodnutí, že soutěžní prostředí nebylo zcela vyloučeno. Pak již žalovaný pouze dodal, že pokuta není likvidační (bod 40. prvostupňového rozhodnutí), a navázal obecným závěrem (od bodu 41. prvostupňového rozhodnutí), univerzálně použitelným k jakékoli sankci.

Pokuta je tedy ve skutečnosti odůvodněna tak, že omezení soutěžního prostředí je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek, ale že v nyní posuzované věci nebylo vyloučeno zcela (zřejmě první skutečnost má být přitěžující okolností a druhá polehčující, protože v bodu 39. prvostupňového rozhodnutí je doplněno, že „další“ přitěžující ani polehčující okolnosti nebyly shledány), a že pokuta není pro žalobce likvidační.

Napadené rozhodnutí pak v bodech 47., 51. a od bodu 57. tyto skutečnosti opakuje a ve zbytku vysvětluje, proč jiné okolnosti nebyly vzaty v úvahu; ke skutečnosti, že žalobce čelí správnímu řízení před žalovaným poprvé, prý žalovaný není povinen přihlížet (bod 48.), fakt, že k protiprávnímu jednání došlo ve „vzdálenější“ minulosti (došlo k němu v roce 2007 a správní řízení bylo zahájeno v roce 2013), prý rovněž není podstatný, neboť rozhodující je, že nezanikla odpovědnost za správní delikt (bod 49.), argument, že jednání žalobce bylo nedbalostní, je prý rovněž irelevantní, neboť ZVZ konstruuje objektivní odpovědnost bez ohledu na zavinění (bod 50.), a porovnávat věc s jinými věcmi prý není namístě, neboť každou věc je třeba posuzovat individuálně a výše žalovaným ukládaných pokut s časem roste (body 53. – 55.).

Takové odůvodnění výše pokuty podle zdejšího soudu nemůže obstát.

Ukládání trestu je založeno na dvou základních principech – zákonnosti trestu a individualizace trestu. Tyto principy platí i pro ukládání pokuty za správní delikt. Oba základní principy jsou pod soudní kontrolou v řízení podle § 65 a násl. s.ř.s. Individualizace trestu v případě ukládání pokuty znamená srozumitelně (především samotnému delikventovi) vysvětlit, co konkrétně vzal správní orgán za základ svých úvah, jež jsou založeny především na specifických okolnostech posuzované věci, a jakými úvahami byl veden, když z tohoto základu dospěl ke konkrétní výši pokuty; musí být tedy jasné, co bylo základem pro výpočet pokuty a jaké úvahy správního orgánu delikventovi oproti tomuto základu přitížily a jaké mu naopak ulehčily, o co konkrétně se tyto úvahy opírají a jak konkrétně se ve výši pokuty kvalitativně i kvantitativně projeví.

Veškeré úvahy ohledně individualizace pokuty jsou v nyní posuzované věci vyčerpány konstatováním, že omezení soutěžního prostředí je považováno za jedno

z nejzávažnějších pochybení, ale že v nyní posuzované věci nebylo soutěžní prostředí vyloučeno zcela, a že pokuta není likvidační. Mají-li být ovšem podle § 121 odst. 2 ZVZ úvahy o závažnosti správního deliktu posouzeny především se zaměřením na způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, pak nemůže obstát úvaha založená pouze na zopakování skutečností, jež už byly vyjádřeny coby znaky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (tj. porušení ZVZ a možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky), doplněná o obecnou formulaci v tom směru, že omezení soutěžního prostředí je považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení, ale že v nyní posuzované věci nebylo vyloučeno zcela. Akceptovat takový postup žalovaného by znamenalo umožnit, aby pokuta za všechny správní delikty zadavatelů, jejichž spáchání by spočívalo v porušení ZVZ vedoucím k omezení soutěžního prostředí na dodavatelské straně (právě tomu má však převážná část pravidel vyplývajících ze ZVZ bránit, a proto jsou v ZVZ obsažena), aniž by bylo soutěžní prostředí vyloučeno zcela (zcela by přitom soutěžní prostředí bylo vyloučeno snad jen v případech, kdy by v rozporu se ZVZ žádné zadávací řízení vůbec neproběhlo), byla odůvodněna takto univerzální formulí, ať už by výše pokuty byla jakákoli (vyjma situací, kdy by byla likvidační). To by znamenalo, že pokutu není třeba vůbec individualizovat a že postačí, je-li odůvodněna ve smyslu „*Šlo o vážné porušení, ale neprojevovalo se až tak moc, takže... takže třeba milion*“, jak se stalo v nyní posuzované věci. S tím zdejší soud (senát, který nyní ve věci rozhoduje) nemůže souhlasit.

Má-li být tedy při posuzování závažnosti správního deliktu zkoumána intenzita skutkových okolností a nikoli samotné naplnění skutkové podstaty správního deliktu (kupř. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3.4.2012 ve věci sp. zn. 1 Afs 1/2012) a je-li v nyní posuzované věci odůvodnění výše pokuty založeno na konstatování zákonných kritérií pro uložení pokuty a ve zcela převažující míře na pouhém zopakování některých významných skutkových zjištění, jež vedla k závěru ohledně naplnění znaků správního deliktu, doplněném o obecnou formulaci použitelnou zřejmě ve většině případů správních deliktů podle ZVZ, pak takové odůvodnění výše pokuty nemůže vyhovět požadavku, aby nepřipouštělo rozumné pochyby o tom, že právě pokuta ve výši 1 000 000 Kč odpovídá individuálním okolnostem posuzované věci (kupř. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27.3.2008 ve věci sp. zn. 4 As 51/2007), a tedy nevyhovuje požadavku jeho přezkoumatelnosti.

Přestože sama konstrukce správního deliktu je založena na principu objektivní odpovědnosti (v tomto ohledu zdejší soud se žalovaným souhlasí), při úvahách ohledně výše pokuty v nyní posuzované věci nemůže podle zdejšího soudu zůstat nepovšimnut především fakt, že se nepodařilo prokázat konkrétní reálné ovlivnění zadávacího řízení, v kontextu s chováním žalobce v průběhu zadávacího řízení a v řízení před žalovaným. Kromě toho přestože ještě od spáchání správního deliktu

neuplynula lhůta, s níž by byl spojen zánik odpovědnosti za jeho spáchání (i v tomto ohledu zdejší soud se žalovaným souhlasí), nelze mít za to, že by hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, bylo irelevantní. Naopak toto hledisko je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. Přestože zdejší soud souhlasí se žalovaným i v tom, že každou věc je třeba posuzovat individuálně a nerovnost trestaných nelze dovozovat výlučně z porovnávání výše uložených pokut v jednotlivých věcech, a přestože je i zdejší soud toho názoru, že potřeba důsledného vymáhání práva může legitimně vést k postupnému zvyšování pokut, je zároveň zdejší soud toho názoru, že typově shodné protiprávní jednání v témže čase by se za typově shodných okolností mělo promítnout coby totožný základ úvah ohledně výše uložené pokuty, jenž by pak měl být upravován na principu individualizace. Není-li však v napadeném (a jemu předcházejícím prvostupňovém) rozhodnutí obsažena žádná konkrétní úvaha žalovaného založená na intenzitě skutkových okolností, jaké byly zjištěny v nyní posuzované věci, nemůže ji zdejší soud přezkoumat. Nezná-li zdejší soud konkrétní důvody, které žalovaného vedly k uložení pokuty právě ve výši 1 000 000 Kč, nemůže posuzovat, zda jde o pokutu okolnostem přiměřenou či nikoli (a nemůže případně uvažovat ani o žádných důvodech moderaace).

### IV.3.

Na základě shora uvedených úvah tedy zdejší soud dospěl k závěru, že v části, v níž žalobce napadá závěry žalovaného ohledně „viny“, není žaloba důvodná. Tu žalovaný aplikoval správný právní předpis a v jeho rámci správnou právní normu, přitom se nedopustil ani chyby při právním hodnocení zjištěného skutkového stavu. Zdejší soud ve vztahu k závěrům žalovaného ohledně „viny“ neshledal nad rámec uplatněných žalobních bodů ani žádné pochybení, jež by mohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí a k němuž by musel přihlédnout ze své úřední povinnosti.

Naproti tomu v části, v níž žalobce napadá závěry žalovaného ohledně „trestu“, zdejší soud pokládá napadené rozhodnutí (v kontextu s rozhodnutím prvostupňovým) za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Bylo-li napadeným rozhodnutím potvrzeno prvostupňové rozhodnutí jako celek, vede shora uvedené k nutnosti napadené rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. zrušit a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení, v němž se

žalovaný bude muset znovu zabývat otázkou výše uložené pokuty. Osud prvostupňového rozhodnutí závisí na úvahách předsedy žalovaného ve fázi řízení o žalobcem podaném rozkladu; nelze-li vyloučit, že nápravy může být dosaženo v této fázi řízení, nebylo důvodu podle § 78 odst. 3 s.ř.s. přistoupit i ke zrušení prvostupňového rozhodnutí.

#### V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s., ve vztahu k řízení o kasační stížnosti za použití § 110 odst. 3 s.ř.s. Žalobce byl ve věci proti žalovanému celkově procesně úspěšným, a proto právo na náhradu nákladů řízení náleží procesně úspěšnému žalobci proti žalovanému. Žalovaný toto právo proti žalobci nemá.

Žalobci byla přiznána náhrada nákladů za zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) společně s náklady za tři úkony právní služby v řízení před soudy, jež zdejší soud pokládá za důvodně a účelně vynaložené a zároveň vedoucí k procesnímu úspěchu ve věci (převzetí věci a příprava zastoupení, podání žaloby a podání repliky), po 3 100 Kč společně se třemi režijními paušály po 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 13 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, společně s částkou odpovídající DPH, neboť zástupce žalobce prokázal, že je jejím plátcem. Celkově jde tedy na nákladech řízení o částku 3 000 Kč + 12 342 Kč = 15 342 Kč. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

#### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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.

V Brně dne 17. srpna 2016

Za správnost vyhotovení:  
Romana Lipovská

David Raus, v.r.  
předseda senátu