



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Jany Kubenové a Mgr. Petra Šebka v právní věci **žalobce: Statutární město Zlín**, se sídlem nám. Míru 12, Zlín, zastoupeného JUDr. Petrem Balcarem, advokátem se sídlem Revoluční 15, Praha 1, proti **žalovanému: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 4. 2009, č.j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 4. 2009, č.j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 13765,-Kč, a to do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Petra Balcara, advokáta se sídlem Revoluční 15, Praha 1.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobou podanou včas u Krajského soudu v Brně se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 4. 2009, č.j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaného) ze dne 24. 6. 2008, č.j. S110/2008/VZ-09642/2008/530-RP.

I. Podstata věci

Rozhodnutím ze dne 1. 4. 2009, č.j. R140/2008/VZ-116/2009/310/ASc, předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a v celém rozsahu potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 24. 6. 2008, č.j. S110/2008/VZ-09642/2008/530-RP, kterým bylo rozhodnuto, že se žalobce jako zadavatel veřejné zakázky „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“ dopustil správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 ZVZ, neboť v zadávací dokumentaci nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek,

dále tím, že porušil zákaz stanovený v § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 ZVZ tím, že, aniž by to bylo odůvodněno, odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, čímž byla určitým dodavatelům zaručena konkurenční výhoda, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek,

a tím, že nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 ZVZ, neboť při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů – obratu, nedodržel zásadu zákazu diskriminace, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za spáchání popsaných deliktů byla žalobci uložena pokuta ve výši 300 000,- Kč.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce se v úvodu žaloby zabývá tím, proč označil za žalovaného Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, přestože žaluje rozhodnutí jeho předsedy. Dále uvádí, že napadené rozhodnutí považuje za nezákonné a nepřezkoumatelné a uloženou pokutu za stanovenou nesprávně.

Porušení § 48 odst. 6 ZVZ v návaznosti na § 49 odst. 2 ZVZ neshledává a naopak se domnívá, že „specifikace předmětu zakázky byla optimálním postupem pro zajištění dostatečné přesnosti a srozumitelnosti předmětu pro všechny potenciální uchazeče“. Žalobce nesouhlasí s tím, že by tento postup poskytl některému dodavateli konkurenční výhodu. Uvedený postup totiž ve spojení s čl. 1.3 zadávací dokumentace připouštěl zvolení všech (resp. obou) technických řešení, která jsou reálně na trhu k dispozici. Podle žalobce není zřejmé, na základě čeho žalovaný dochází k závěru, že odkaz na konkrétní typ procesoru (při výslovném umožnění rovnocenného řešení) je *a priori* diskriminační. Postup, který žalobce zvolil, byl v dané době obvyklý a žádný z dodavatelů proti němu neměl výhrad.

Žalobce má za to, že neporušil ZVZ ani při stanovení kritéria finanční a ekonomické způsobilosti, neboť prahová hodnota (minimální konsolidovaný účetní obrat za každé z posledních třech účetních období 300 mil. Kč) odpovídala druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Žalobce nastavil úroveň tak, aby bylo zajištěno, že budou hodnoceny toliko nabídky uchazečů, kteří mají dostatečné prostředky pro zabezpečení zakázky, neboť její „předmět je poměrně specifický“ a především v úvodní fázi nese podstatnou část nákladů s její realizací uchazeč. Žalobce nesouhlasí

s postupem žalovaného, který pouze porovnal výši obrátu s hodnotou zakázky. To považuje za nedostatečné. Žalobci není zřejmé, z čeho žalovaný dovozuje, že je z pohledu předmětné zakázky „dostatečně velká“ společnost s obratem, který je v poměru k hodnotě veřejné zakázky desetinásobný.

Žalobce má rovněž za to, že postupoval v souladu se ZVZ i při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky. V době zadávání zakázky totiž nemohl znát přesný rozsah svých konkrétních požadavků, včetně požadavků na náhradní či doplňkové díly, a to z důvodu nemožnosti odhadnout technologický vývoj či změny právních předpisů, ukládající mu povinnosti v souvislosti s výkonem státní správy a samosprávy. Na tyto skutečnosti žalobce upozornil dodavatele v zadávací dokumentaci. Ani tím tedy nemohl být žádný z dodavatelů diskriminován.

Napadené rozhodnutí považuje žalobce též za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Předseda žalovaného se totiž nevypořádal se žalobcovými námitkami obsaženými v rozkladu, především s těmi, které se týkaly specifikace předmětu plnění - odkazů na jednotlivé výrobky. Žalobce připouští, že v určitých případech může předseda odkázat na argumentaci prvostupňového rozhodnutí, nikoli však za situace, kdy je mu předestřena argumentace zpochybňující závěry prvostupňového orgánu a jeho úsudek o věci. Za této situace nemůže bez dalšího odkázat na závěry rozhodnutí prvostupňového, nýbrž je povinen se dostatečně konkrétně a srozumitelně vypořádat se zpochybňující argumentací uvedenou v rozkladu (k tomu poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2008, č. j. 6 As 1/2007-145). V dané námitce předseda zcela pominul argumentaci žalobce bodem 1.3 zadávací dokumentace. Námitku, že existují pouze dva druhy produktu tohoto typu, a to Intel a AMD, pak odmítl bez bližšího odůvodnění. Dostatečně se nevypořádal ani s námitkou týkající se vymezení rozsahu předmětu plnění, neboť se vůbec nezabýval rozsáhlou argumentací žalobce o nemožnosti bližší identifikace požadovaných dodávek.

Žalobce dále vytýká žalovanému nedostatečné odůvodnění výše uložené sankce, které způsobuje nepřezkoumatelnost v této části rozhodnutí. Dále poukázal na to, že výše uložené pokuty vybočuje z dosavadní praxe žalovaného. Pokuta byla uložena ve výši, která je nepřiměřená charakteru porušení ZVZ. Podle žalobce žalovaný nedostál zákonným požadavkům na odůvodnění výše uložené sankce. Pouze totiž uvedl, že vzal v úvahu skutečnost, že došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů o zakázku, která je z hlediska charakteru a velikosti poměrně významnou. Následky postupu žalobce tedy žalovaný označil za zvlášť škodlivé (nevedl však jaké). Žalovaný se tak přezkoumatelným způsobem nevypořádal s víceméně žádným ze zákonných hledisek. Žalobce dále namítá, že žalovaný odůvodňuje výši pokuty především tím, že došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů. Přičítá tak žalobci k tíži skutečnost, která zároveň vedla k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Tutéž okolnost tak přičítá k tíži žalobce dvakrát. Žalobci rovněž není zřejmé, jakým způsobem zohlednil žalovaný okolnosti ve prospěch (komplikovanost předmětu a kombinaci dlouhého poskytování služeb a opakování dodávek a skutečnost, že byl uložen zákaz plnění ze smluv). Nelze

vůbec určit míru vlivu, který tyto polehčující okolnosti na výši pokuty měly. Žalobce tedy navrhuje správní rozhodnutí obou stupňů zrušit.

Žalovaný ve svém vyjádření s podanou žalobou nesouhlasí a navrhuje její zamítnutí. Poukazuje na to, že se všemi argumenty uvedenými v rozkladu řádně zabýval. Má i nadále za to, že předmět veřejné zakázky nebyl natolik specifický, aby jej nebylo možno popsat pomocí obecných charakteristik bez uvedení odkazu na konkrétní platformu. Přestože by se popis předmětu plnění pomocí obecných charakteristik mohl pro zadavatele jevit složitějším, než použití odkazu na konkrétní výrobky určité značky, je povinen jej popsat obecně, pokud je to možné. Není přitom rozhodné, kolik výrobců požadovaný výrobek dodává. K otázce nastavení finančního a ekonomického kritéria žalovaný uvádí, že vzal v úvahu složitost, druh i rozsah veřejné zakázky. Požadovaný roční obrat ve výši téměř dvacetisedminásobku roční hodnoty veřejné zakázky považuje za nepřiměřený. K vymezení předmětu plnění uvedl, že žalobce zadal „imaginární soutěž, v níž není fixováno nejen množství poptávaných dodávek, ale ani předmět plnění samotný“. K vyměřené pokutě žalovaný poukazuje na to, že tyto námitky uplatnil žalobce poprvé v žalobě, a nemělo by k nim tedy být přihlíženo. K věcné stránce námitek žalovaný uvádí, že nepřičetl žádné skutečnosti žalobci k tíži dvakrát. Omezení konkurence a diskriminace totiž zohledňoval jako následek spáchaného deliktu a jeho dopad podle § 105 odst. 1 ZVZ. Smyslem citovaného ustanovení podle žalovaného není, aby u jednotlivých okolností, k nimž při stanovení výše pokuty přihlížel, žalovaný uváděl přesné matematické vyjádření poměru, v jakém se tato okolnost promítla do konečné výše pokuty. Napadené rozhodnutí žalovaný neshledává ani nepřezkoumatelným. Závěrem uvádí, že argumentací bodem 1.3 zadávací dokumentace se zabýval v prvostupňovém rozhodnutí a rozhodnutí druhostupňové na toto odůvodnění odkazuje. Na svém názoru setrval po celou dobu řízení před soudem, a to i při jednání dne 28. 4. 2011.

Žalobce podal k vyjádření žalovaného repliku, v níž uvedl, že je obecně možné, aby odvolací orgán odkázal na rozhodnutí prvostupňové, nikoli však v situaci, kdy je mu předestřena argumentace zpochybňující závěry orgánu prvostupňového, jak tomu bylo v daném případě. Na podporu svého tvrzení poukázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu (rozhodnutí č. j. 6 As 1/2007-145 a č. j. 6 As 2/2005-95). Zdůrazňuje dále, že uvedení platformy Intel bylo pouze příkladné a výslovně bylo v zadávací dokumentaci uvedeno, že lze použít i platformu jinou. Uvedení názvu výrobku bylo v daném případě odůvodněno snahou o popsání předmětu tak, aby bylo srozumitelné pro všechny dodavatele. Žalobce poukázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 31/2005-57, podle něhož je účastník správního řízení oprávněn uplatnit v řízení před soudem i ty námitky, které ve správním řízení neuplatnil. V ostatních sporných otázkách setrval na svých závěrech obsažených již v žalobě, přičemž některé zopakoval. Obě správní rozhodnutí tedy navrhl zrušit. Rovněž žalobce na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem, a to i při jednání dne 28. 4. 2011.

III. Podstatné skutečnosti

Ze správního spisu vyplynulo, že oznámení o zahájení zadávacího řízení, které se týkalo veřejné zakázky nazvané „Zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií pro Statutární město Zlín“, bylo uveřejněno dne 12. 9. 2006.

V bodu 1.2 zadávací dokumentace (Předmět plnění veřejné zakázky) bylo uvedeno, že zadavatel chce zajistit provádění vybraných činností provozu, rozvoje a obnovy informačních a komunikačních technologií (ICT) externím subjektem. Předmětem plnění této zakázky jsou: dodávky zařízení ICT v souladu s plánem obnovy a rozvoje ICT objednatele, outsourcing provozních činností v souladu s požadavky zadavatele (bližší specifikace v příloze č. 4), poskytnutí dalších služeb v souvislosti se zajištěním provozu a rozvoje IS/ICT: verifikace a aktualizace jednotlivých kategorií zařízení ICT a vytvoření jejich aktuálních evidencí, aktualizace provozní a bezpečnostní dokumentace a implementace nástrojů a metodik podporujících procesní model řízení outsourcingu a vyhodnocování SLA a vyhodnocení přechodného období poskytování outsourcingu a zpracování návrhu podmínek pro poskytování služeb outsourcingu po ukončení přechodného období.

Bod 1.3 zadávací dokumentace obsahoval sdělení, že pokud jsou v zadávací dokumentaci uvedeny odkazy na některé obchodní značky, obchodní firmy nebo jména, která jsou uvedena jako příklad pro popsání předmětu veřejné zakázky, je možné je nahradit jinými výrobky nebo zařízeními, ale pouze za podmínky, že tyto budou vykazovat obdobné nebo lepší technické a jakostní parametry.

V příloze č. 4 zadávací dokumentace (Specifikace požadavků na zajištění dodávek a vybraných činností v oblasti informačních a komunikačních technologií) v části D (Modelový plán dodávek zařízení ICT pro SMZ) bylo mj. uvedeno ve vztahu k modelové řadě stolních počítačů, že zadavatel požaduje chipset Intel 915 G a procesor Intel Celeron D 436 (pro kategorii A) nebo Intel Pentium 4 630 (pro kategorie B a C). Obdobně v případě požadovaných notebooků uvedl zadavatel požadavek na chipset Intel Mobile 915GM a procesor Intel Mobile Celeron 370 (kategorie A) nebo Intel Mobile M750 (kategorie B).

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále též „s. ř. s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloba je důvodná.

IVa. Posouzení toho, kdo je žalovaným

Krajský soud - s ohledem na vyjádření žalobce v úvodu žaloby - považuje za vhodné nejprve vyjasnit otázku, kdo je v daném řízení žalovaným. Tuto otázku však

postavil najisto již Nejvyšší správní soud, který např. ve svém rozsudku ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. 7 Afs 87/2007, www.nssoud.cz, uvedl, že označovat jako žalovaného předsedu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a nikoliv Úřad, je v rozporu s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2006, č. j. 4 As 57/2005 – 64, a ze dne 15. 1. 2004, č. j. 6 A 11/2002 – 26, dostupné na www.nssoud.cz). Poukázal na to, že „[v]ždy je třeba rozlišovat, proti jakému rozhodnutí je žaloba podávána a kdo je účastníkem řízení. V dané věci je nepochybné, že žaloba byla podaná proti rozhodnutí předsedy Úřadu, ale tato skutečnost nezakládá jeho pasivní legitimaci v řízení o žalobě. Předseda Úřadu není samostatným správním orgánem, ale pouze funkční složkou Úřadu, která mimo jiné přezkoumává v rozkladovém řízení rozhodnutí v případech, že Úřad vydal jako ústřední orgán státní správy správní rozhodnutí v I. stupni. Správní orgán rozhodující o rozkladu i správní orgán I. stupně představují stejný správní orgán vymezený zákonným rámcem jeho věcné příslušnosti. Rozdílné je pouze to, komu z hlediska vnitřního organizačního uspořádání správního orgánu zákon zakládá funkční příslušnost rozhodovat o rozkladu. Proto je žalovaným ve smyslu § 69 s. ř. s. Úřad, byť je žalobou napadáno rozhodnutí jeho předsedy (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, č. 534/2005 Sb. NSS)“.

IVb. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí

Žalobce předně namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť se předseda žalovaného nevypořádal se žalobcovými námitkami obsaženými v rozkladu, které se týkaly specifikace předmětu plnění - odkazů na jednotlivé výrobky a vymezení rozsahu předmětu plnění; vůbec se nezabýval rozsáhlou argumentací žalobce o nemožnosti bližší identifikace požadovaných dodávek.

Jak již uvedl Vrchní soud v Praze ve svém rozsudku ze dne 26. 2. 1993, č. j. 6 A 48/92-23, in Soudní judikatura ve věcech správních č. 27/2000, z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl a jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů.

Jak vyplynulo z rozkladu ze dne 9. 7. 2008, tak žalobce na str. 3 až 5 uplatnil námitky ve vztahu „k definici předmětu plnění-odkazy na konkrétní výrobky“. Uvedl, že § 48 odst. 6 v návaznosti na § 49 odst. 2 ZVZ neporušil, neboť odkaz na konkrétní výrobky byl odůvodněn předmětem veřejné zakázky a byl stanoven v zájmu dostatečné přesnosti a srozumitelnosti. Poukázal dále na to, že o diskriminaci jít nemůže, pokud na trhu dodavatelé reálně dodávají pouze výrobky dvou výrobců, a zadavatel umožní nabízet obě skupiny vzájemně zastupitelných výrobků. Uvedl dále, že jeho odkaz na výrobky Intel je pouze modelový příklad, nikoli kategorický požadavek, přičemž stejně tak mohl odkázat na výrobky AMD. Rovněž zdůraznil, že dané zadání bylo v příslušné odborné oblasti považováno za zcela standardní. Ostatně i

usnesení vlády č. 763/2007, Sb., o Metodice k používání některých všeobecných technických specifikací při zadávání veřejných zakázek na nákup osobních počítačů, způsob stanovování technických specifikací za použití určitých obchodních označení, např. u mikroprocesorů „Pentium nebo ekvivalentní“ či „Intel nebo ekvivalentní“, tolerovalo. Dále žalobce uvedl, že výkonnostní testy (benchmarky) se pro zadání veřejných zakázek více rozšířily a standardizovaly až v průběhu roku 2007. Upozornil také na to, že předmět kvality dodávky byl součástí hodnocení, a dodavatelé tak byli motivováni zvážit dodávku i jiných produktů, než modelově výslovně uvedených.

V napadeném rozhodnutí se předseda žalovaného touto námitkou zabýval v bodu 16 na str. 5 a důvodnou ji neshledal. Poukázal nejprve na to, že se ztotožňuje se závěry žalovaného, které námitka, že odkaz na platformu Intel znamenala totéž jako odkaz na platformu AMD, nevyvrací, spíše naopak. Dále uvedl, že požadavek na konkrétní procesor je potenciálně diskriminační vůči druhému a např. předurčuje nutnost použití určitých komponent hardwaru. Pokud jde o benchmarky, tak ty jsou podle předsedy žalovaného obecně známy řádově deset let, k tomu poukázal na vyjádření Evropské komise ze 13. 10. 2004 ohledně nutnosti používání benchmarků při vymezení předmětu veřejné zakázky namísto odkazů na výrobky, které jsou diskriminační. V době zadávání zakázky byly benchmarky známy a zadavatel je použít mohl. Existence praxe v uvádění odkazů nijak nevypovídá o tom, zda zadavatel porušil ZVZ či nikoli. Předseda žalovaného závěrem zdůraznil, že ani poukaz na to, že technická úroveň byla kritériem hodnocení, nijak neovlivňuje skutečnost, že zadavatel porušil ZVZ, neboť výslovně uvedl odkaz na určité součástky, přestože mohl předmět plně specifikovat obecně.

Z uvedeného soudu plyne, že se předseda žalovaného podrobně touto žalobcovou námitkou zabýval, a to i všemi jednotlivými žalobcovými dílčími tvrzeními. Jistě se mohl k některým tvrzením vyslovit podrobněji, nicméně způsob, kterým tak učinil, považuje soud za dostatečný a přezkoumatelný.

Soud se neztotožňuje s tím, že by předseda žalovaného zcela pominul argumentaci žalobce bodem 1.3 zadávací dokumentace a námitku, že existují pouze dva druhy produktů tohoto typu, a to Intel a AMD. V napadeném rozhodnutí totiž bylo jednoznačně uvedeno mj. i to, že předseda považuje požadavek na konkrétní procesor za potenciálně diskriminační vůči druhému. Z tohoto tvrzení a kontextu celého odůvodnění má pak soud za nepochybné, že ve vztahu k porušení § 48 odst. 6 ZVZ považuje předseda žalovaného za podstatné to, že žalobce odkázal na konkrétní výrobek, aniž by k tomu měl zákonný podklad. Nic na tom podle předsedy žalovaného nemění skutečnost, že žalobce umožnil použití i jiných výrobků, resp. druhého výrobku, neboť ten výslovně v zadávací dokumentaci nejmenoval, a tím jej tak diskriminoval, resp. poskytl neodůvodněnou výhodu dodavatelům výrobku výslovně uvedeného. Rovněž je zřejmé, že je podle předsedy žalovaného nepodstatné, že na trhu existují *de facto* toliko dva výrobky, neboť se lze diskriminace dopustit i v takovém případě.

Pokud žalobce dále namítá, že se předseda žalovaného nezabýval jeho rozsáhlou argumentací o nemožnosti bližší identifikace požadovaných dodávek, v rámci námítky týkající se vymezení rozsahu předmětu plnění, tak ani zde soud neshledal žádné pochybení, které by mohlo způsobit nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

V rozkladu (na str. 8 a 9) k rozsahu předmětu plnění žalobce argumentoval, že nemožnost bližší identifikace požadovaných dodávek je zcela logická, neboť si nemohl být vědom toho, jaké přesně bude požadovat náhradní a doplňkové díly. S ohledem na to hodlal žalobce zadat činnosti spadající pod náhradní díly, servisní služby apod. formou zakázky malého rozsahu. Tuto skutečnost vyjádřil v bodě 4.2 přílohy č. 4 zadávací dokumentace. V rámci efektivnosti pak bylo možné přepokládat, že nejvhodnější bude, pokud bude tyto zakázky realizovat právě dodavatel, který bude plnit danou veřejnou zakázku. Uzavřená rámcová smlouva podle žalobce obsahuje i plnění této veřejné zakázky malého rozsahu. Žalobce poukázal na to, že je připraven plnění upřesnit dodatkem k již uzavřené rámcové smlouvě.

Předseda žalovaného se touto námítkou zabýval v bodu 18 na str. 6 rozkladu, kde uvedl, že argumentaci žalobce považuje za účelovou. Nesouhlasí s tím, že by žalobce hodlal spotřební a doplňkový materiál a servisní služby či náhradní díly poptávat jako zakázky malého rozsahu. V průběhu šetření totiž žalovaný zjistil, že bylo zboží odebíráno přímo na základě rámcové smlouvy od vybraného dodavatele a nikoli, že by došlo k zadávání těchto zakázek jako veřejných zakázek malého rozsahu.

Z uvedeného je tedy zřejmé, že se předseda žalovaného skutečně výslovně nevyjádřil k té části námítky, v níž žalobce uváděl, že objektivně nemohl požadované dodávky blíže specifikovat. Přestože se k tomuto tvrzení nevyslovil explicitně, lze z jeho rozhodnutí dovodit, že se ve vztahu k této otázce ztotožnil se závěrem žalovaného obsaženým v prvostupňovém rozhodnutí. Předseda žalovaného totiž v bodě 15 svého rozhodnutí uvedl, že žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí rozhodl správně a v souladu se zákonem; výslovně se přitom ztotožnil i s odůvodněním prvostupňového rozhodnutí. V prvostupňovém rozhodnutí byla přitom tato otázka posouzena a jednoznačně řešena, a to na str. 7. Žalovaný zde mj. uvedl, že si je vědom toho, že s ohledem na vývoj v oblasti informačních technologií nebyl zadavatel schopen předvídat rychlost zastarávání aktuálních hardwarových komponent dostupných na trhu. Tato skutečnost však zadavatele podle žalovaného nezabývá povinností vymežit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a neumožňuje mu zadat veřejnou zakázku na předmět, který nezná. Tvrzení žalobce o nemožnosti bližší specifikace dodávek tak bylo řešeno již v rozhodnutí prvostupňovém. Nelze je tak považovat za námítku, kterou by žalobce v rozkladu zpochybňoval argumentaci žalovaného obsaženou v prvostupňovém rozhodnutí, s níž by se předseda žalovaného nemohl vypořádat odkazem na odůvodnění prvostupňového rozhodnutí ve smyslu žalobcem citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2008, č. j. 6 As 1/2007-145.

Přestože by bylo samozřejmě vhodnější, kdyby se předseda žalovaného i k této žalobcově rozkladové námitce vyslovil přímo, případně aby na prvostupňové rozhodnutí alespoň přímo ve vztahu k této námitce odkázal, je z kontextu jeho rozhodnutí zřejmé, že ji důvodnou neshledal, a to ze shodných důvodů jako žalovaný (tj. že ani objektivní nemožnost bližší specifikace předmětu veřejné zakázky nezbavuje zadavatele povinnosti předmět veřejné zakázky specifikovat ve smyslu § 48 odst. 1 ZVZ). Ani v tomto ohledu tedy rozhodnutí předsedy žalovaného nebylo shledáno nepřezkoumatelným.

Vyjadřuje-li žalobce nesouhlas s postupem předsedy žalovaného, který mj. odkazuje na argumentaci žalovaného v prvostupňovém rozhodnutí, případně tuto argumentaci přejímá, soud v takovém postupu neshledává nic právně závadného. Nelze totiž přehlédnout, že rozhodnutí prvostupňové a rozhodnutí druhostupňové spolu tvoří jeden celek a odkazuje-li se tedy rozhodnutí druhostupňové na závěry vtělené do odůvodnění rozhodnutí prvostupňového, nejen že takovému postupu nelze ničeho vytknout, ale jde naopak o naplnění požadavku na efektivitu správního řízení. Podle názoru soudu nelze nalézt žádný ospravedlnitelný důvod, který by správnímu orgánu ukládal, aby znovu opakoval ty závěry, v nichž se ztotožňuje se závěry rozhodnutí prvostupňového. Zdejší soud k tomu dále dodává, že tento postup, navíc ve vztahu krajský soud – správní orgán, posvětil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 27. 7. 2007, č. j. 8 Afs 75/2005-130, www.nssoud.cz, v němž konstatoval, že je-li rozhodnutí žalovaného správního orgánu důkladné a vnitřně nerozporné, je-li řádně odůvodněno, je z něho zřejmé, proč žalovaný nepovažoval právní argumentaci účastníka řízení za důvodnou a proč jeho odvolací námitky považoval za liché, mylné nebo vyvrácené, shodují-li se žalobní námitky s námitkami odvolacími (v posuzovaném případě s námitkami uvedenými v rozkladu) a nedocházeli krajský soud k jiným závěrům, je přípustné, aby si krajský soud správné závěry se souhlasnou poznámkou osvojil.

Ostatně i v rozsudku ze dne 27. 2. 2008, č. j. 6 As 1/2007-145, dostupném na www.nssoud.cz, (jehož se žalobce dovolává) Nejvyšší správní soud uvedl, že lze v obecné rovině nepochybně připustit, aby odvolací orgán - v případě, že se ztotožňuje s argumentací orgánu prvního stupně - na jeho odůvodnění odkázal. Samozřejmě nikoli za situace, kdy je v odvolání předestřena argumentace zpochybňující závěry orgánu prvního stupně a jeho úsudek o věci. Za takové situace odvolací orgán nemůže bez dalšího odkázat na argumentaci orgánu prvního stupně, aniž by se dostatečně konkrétně a srozumitelně se zpochybňující argumentací uvedenou v odvolání vypořádal.

V daném případě soud napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným neshledal, neboť se předseda žalovaného zabýval všemi námitkami uplatněnými v rozkladu. Pokud pak odkazoval na argumentaci rozhodnutí prvostupňového, učinil tak oprávněně.

IVc. Věcné posouzení

Žalobce předně nesouhlasí s tím, že by porušil § 48 odst. 6 ZVZ v návaznosti na § 49 odst. 2 ZVZ.

Podle § 48 odst. 1 ZVZ zadávací dokumentace vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství. Zadávací dokumentace obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Ustanovení § 48 odst. 6 ZVZ konstatuje, že jestliže to není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení výrobků a služeb, které platí pro určitého podnikatele nebo jeho organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu. Není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům, musí zadavatel v zadávací dokumentaci umožnit použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Podle § 49 odst. 2 ZVZ nesmí být technické specifikace stanoveny tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely překážky pro mezinárodní obchod. Podle odst. 1 tohoto ustanovení představují technické specifikace technické charakteristiky prací, materiálů, zboží nebo služeb, které mají být použity nebo dodány, popsané objektivně způsobem, který zajišťuje užití za účelem, který je zadavatelem zamýšlen.

Ustanovení § 48 odst. 6 ZVZ tedy zásadně zapovídá, aby zadavatel při formulaci zadávací dokumentace odkazoval při konkretizaci předmětu veřejné zakázky na konkrétní obchodní firmu či výrobek. Zadavatel je totiž povinen vymezit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jiných dodavatelů, pokud to pro jasnou identifikaci poptávaného plnění není nezbytně nutné. Smyslem tohoto ustanovení je, resp. bylo (nyní je tentýž zákaz upraven v § 44 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách; soud přitom shledal, že obě ustanovení jsou přes drobné terminologické odlišnosti obsahově shodná a použití pozdější úpravy by tak pro žalobce nebylo výhodnější) zabránit tomu, aby zadávací podmínky byly skrytým nástrojem či prostředkem diskriminace dodavatelů. Jedním z účelů veřejných zakázek totiž je i snaha o umožnění co nejširší konkurence v soutěži o získání veřejné zakázky. Pokud by pak zadávací dokumentace odkazovala na konkrétní obchodní firmu nebo dokonce konkrétní výrobek, docházelo by k omezení konkurence a tedy i soutěže. Zákaz uvádět v zadávací dokumentaci obchodní firmu však není absolutní a ZVZ stanoví dvě výjimky, kdy jsou odkazy přípustné. Zadavatel tak může odkázat na obchodní firmu tehdy, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nebo tehdy, není-li schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím

specifikací, které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Vždy však musí umožnit použití i jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení.

V daném případě není sporu o tom, že zadavatel v části D přílohy č. 4 zadávací dokumentace odkázal na konkrétní výrobek, resp. výrobky. Žalobce tuto skutečnost výslovně připouští v žalobě, nicméně v tom neshledává nic protizákonného ani diskriminačního. Poukazuje předně na to, že tato „specifikace předmětu zakázky byla optimálním postupem pro zajištění dostatečné přesnosti a srozumitelnosti předmětu pro všechny potenciální uchazeče“. Žalobce se tedy dovolává toho, že odkaz na konkrétní výrobek použil proto, aby byl předmět zakázky dostatečně přesně a srozumitelně specifikován. Ustanovení § 48 odst. 6 ZVZ však umožňuje použít odkaz na konkrétní výrobek toliko tehdy, není-li zadavatel schopen popsat předmět veřejné zakázky s použitím specifikací obecných, nikoli např. tehdy, je-li taková specifikace obtížnější. Soud se zde ztotožňuje se žalovaným, který uvádí, že specifikovat předmětné výrobky bez použití konkrétních odkazů možné bylo (str. 10 prvostupňového rozhodnutí a str. 5 rozhodnutí druhostupňového), a to prostřednictvím benchmarků, které v době zadávání veřejné zakázky byly známy.

Soud k tomu mj. poukazuje i na usnesení vlády č. 763/2007, Sb., o Metodice k používání některých všeobecných technických specifikací při zadávání veřejných zakázek na nákup osobních počítačů, které je žalobci známo, neboť na ně poukazyval v rozkladu. I toto usnesení totiž uvádí, že může být diskriminační, pokud jsou v oblasti informačních a komunikačních technologií stanovovány technické specifikace výrobků za použití určitých obchodních označení, např. u mikroprocesorů „Pentium nebo ekvivalentní“ či „Intel nebo ekvivalentní“. Zároveň je zde uvedeno, že sama Evropská komise se přiklání k názoru, že nelze v podmínkách specifikací mikroprocesorů odkazovat na obchodní označení jako Intel či AMD, a to dokonce ani v případech, kdy je připojen dovětek „nebo ekvivalentní“. Obecně platným pravidlem je důsledné vyvarování se odkazů na ochranné známky, názvy výrobců či názvy výrobků a jiná obchodní označení u veřejných zakázek, při nichž dochází k technické specifikaci požadovaného vybavení. Uvedené usnesení přitom obsahuje návod, jakým způsobem výrobky v této oblasti (zejména mikroprocesory) specifikovat, a to právě prostřednictvím tzv. benchmarků.

Nelze se tedy ztotožnit se žalobcem, že by ke srozumitelné specifikaci předmětných výrobků bylo třeba použít odkazu na konkrétní výrobek. Nic na tom nemění skutečnost, že zmíněné usnesení vlády bylo vydáno až v roce 2007, zatímco předmětná zakázka byla zadávána v roce předchozím (2006). Jak vyplynulo z rozhodnutí žalovaného, benchmarky byly známy již řadu let před zadáním veřejné zakázky, přičemž jejich používání pro specifikaci předmětu veřejné zakázky bylo doporučováno Evropskou komisí již od roku 2004 (toto tvrzení přitom žalobce nijak nezpochybuje). Pokud pak usnesení vlády zmiňuje, že až donedávna byla uvedená praxe (stanovování technických specifikací za použití určitých obchodních označení) považována za přijatelnou a přípustnou, neznamená to, že použití odkazů bylo ve smyslu § 48 odst. 6 ZVZ nezbytné a tedy souladné se ZVZ, nýbrž toliko to, že bylo tolerováno. Podle názoru soudu tedy žalobce mohl v daném případě požadavky

technického charakteru popsat v obecné rovině pomocí příslušných technických parametrů tak, aby byly dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Pokud odkázal na konkrétní výrobek, porušil § 48 odst. 6 ZVZ.

Nic na tom nemění ani skutečnost, že v zadávací dokumentaci žalobce připustil použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Pokud by byla splněna alespoň jedna z výjimek, kterou § 48 odst. 6 ZVZ pro použití odkazu na konkrétní obchodní firmu či výrobek předvídá, byla by zadávací dokumentace v tomto ohledu v souladu se zákonem, neboť obdobné řešení připouštěla. Tak tomu ovšem v daném případě nebylo, neboť ani předmět veřejné zakázky ani nemožnost jeho popisu použití odkazů na konkrétní výrobky nevyžadoval.

Na protizákonnost postupu žalobce nemá žádný vliv ani skutečnost, že podle žalobce jsou na trhu reálně k dispozici pouze příslušné výrobky dvou výrobců. Za situace, kdy zadávací dokumentace výslovně uváděla pouze výrobek jednoho dodavatele, zatímco možnost dodání druhého mohla být odvozena toliko prostřednictvím odkazu v bodu 1.3 zadávací dokumentace, zadavatel pochybil (porušil § 48 odst. 6 a § 49 odst. 2 ZVZ) a diskriminačního jednání se dopustil. Jestliže totiž v rozporu se ZVZ použil při specifikaci předmětu plnění veřejné zakázky odkazu na konkrétní výrobek konkrétního výrobce, nepochybně tím tomuto výrobcu (případně dodavateli, který tyto výrobky dodává) poskytl konkurenční výhodu, oproti dodavatelům, kteří dodávají výrobky výrobců jiných, případně jiného, které by byly pro veřejnou zakázku rovněž použitelné, avšak v zadávací dokumentaci výslovně uvedeny nebyly a dodavatel je tedy mohl nabídnout toliko díky odkazu v bodu 1.3 zadávací dokumentace.

Ani námitka, že postup, který žalobce zvolil, byl v dané době obvyklý a žádný z dodavatelů proti němu neměl výhrad, nemůže shora popsany závěr soudu o tom, že žalobce porušil § 48 odst. 6 ZVZ, jakkoli zvrátit.

Žalobce má dále za to, že neporušil ZVZ ani při stanovení kritéria finanční a ekonomické způsobilosti.

Podle § 32 odst. 1 písm. c) ZVZ finanční a ekonomickou způsobilost prokazuje uchazeč nebo zájemce mj. výkazem celkového obrátu uchazeče nebo zájemce a obrátu dosaženého za provedené práce, dodávky zboží nebo poskytnutí služeb za předcházející 3 účetní období.

Podle § 30 odst. 2 písm. b) ZVZ se splněním kvalifikace mj. rozumí splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky. Podle odst. 3 tohoto ustanovení je zadavatel povinen omezit rozsah požadovaných informací o kvalifikaci dodavatelů pouze na informace bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

Podle § 25 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen v zadávacím řízení dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Žalobce předně namítá, že prahová hodnota (minimální konsolidovaný účetní obrat za každé z posledních třech účetních období 300 mil. Kč) odpovídala druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. S touto námitkou však zdejší soud nesouhlasí a naopak se ztotožňuje se žalovaným, že se jedná o požadavek nepřiměřený a druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky neodpovídající.

Soud přitom vyšel z toho, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla 45 mil. Kč za čtyři roky trvání smlouvy, tedy 11,25 mil. Kč za rok. Žalobce v zadávací dokumentaci (bod 1.7.2 zadávací dokumentace) požadoval, aby uchazeč v rámci prokázání finanční a ekonomické způsobilosti doložil, že jeho minimální konsolidovaný účetní obrat za každé z posledních třech účetních období činí alespoň 300 mil. Kč. Odůvodnil to tím, že hodlal zajistit, aby byly hodnoceny toliko nabídky uchazečů, kteří mají dostatečné prostředky pro zabezpečení zakázky, neboť její „předmět je poměrně specifický“ a především v úvodní fázi nese podstatnou část nákladů s její realizací uchazeč. Předmětem veřejné zakázky přitom byl outsourcing některých činností v oblasti zajišťování chodu informačních technologií u žalobce a současně dodávka hardware komponentů na dobu čtyř let.

Soud nezpochybnuje, že se jednalo o zakázku pro žalobce (jakožto statutární město) důležitou, navíc poměrně rozsáhlou a složitou. Soud tedy plně chápe požadavek žalobce na to, aby se o tuto zakázku ucházeli pouze dodavatelé stabilní a ekonomicky silní, a aby tak došlo k omezení (ne-li vyloučení) rizika, že dojde v důsledku ekonomických potíží dodavatele ke komplikacím při realizaci zakázky nebo dokonce k zastavení jejího plnění. Na druhou stranu se soud ztotožňuje se žalovaným, že ani tyto oprávněné důvody neopravňují zadavatele ke stanovení požadavku na obrat tak vysoký, aby tím mohlo dojít k diskriminaci dodavatelů, kteří požadované výše obratu nedosahují, ale přesto jsou ekonomicky natolik silní, aby mohli veřejnou zakázku realizovat. Při posouzení otázky, kdy je v rámci kvalifikace požadovaná výše obratu ještě v souladu se ZVZ, a kdy je naopak již diskriminační, je třeba vyjít z charakteru zadávané veřejné zakázky (tj. druhu zakázky, jejího rozsahu a složitosti a samozřejmě též předpokládané ceny). Přestože je daná zakázka poměrně rozsáhlá a složitá, navíc má být plněna čtyři roky, její předpokládaná cena za celé období je 45 mil. Kč, tedy 11,25 mil. Kč za rok. Pokud pak požadoval žalobce, aby minimální konsolidovaný účetní obrat za každé z posledních třech účetních období byl alespoň 300 mil. Kč, shledává soud tento požadavek zcela zjevně nepřiměřeným. Jak správně vypočetl žalovaný, požadovaný obrat je téměř dvacet sedmkrát vyšší, než předpokládaná roční hodnota zakázky. Takto stanovené kritérium soud považuje již na základě zmíněného násobku za zjevně nepřiměřené ve vztahu k rozsahu a složitosti zakázky, a tedy diskriminační. Soud totiž nevidí žádný racionální důvod, proč by měl dodavatel disponovat obratem v tak vysokém násobku roční hodnoty zakázky. Soud má přitom ve shodě se žalovaným za to, že by byl danou veřejnou zakázku schopen splnit i uchazeč dosahující ročního obratu nižšího, např. ve výši právě žalovaným

zmíněného desetinásobku roční hodnoty zakázky (aniž by zmíněný „desetinásobek“ měl být obecně použitelným kritériem pro posouzení přiměřenosti). I ten totiž soud považuje s ohledem na rozsah a složitost veřejné zakázky za dostatečně vysoký pro ujištění zadavatele (žalobce) o ekonomické síle a stabilitě dodavatele.

Pokud žalobci není zřejmé, z čeho žalovaný dovozuje, že je z pohledu předmětné zakázky „dostatečně veliká“ společnost s obratem, který je v poměru k hodnotě veřejné zakázky desetinásobný, poukazuje soud na to, že se jedná o správné uvážení žalovaného, které je řádně odůvodněno na str. 12 prvostupňového rozhodnutí, přičemž onen desetinásobek je zde uveden pouze jako příklad. Dostatečnou stabilitu pak dovozuje žalovaný z míry diverzifikace činností dodavatelů; poukazuje na to, že i u obratu, který odpovídá desetinásobku roční hodnoty zakázky, je míra rizika s ohledem na značnou diverzifikaci činností dodavatele nízká. Soud se přitom s odůvodněním tohoto závěru ztotožňuje a považuje jej za dostatečný.

Soud přitom nesouhlasí ani s tím, že by žalovaný pouze porovnal výši obratu s hodnotou zakázky. Žalovaný zde rovněž zohlednil i druh, rozsah a složitost zakázky. Přičemž právě z rozsahu a složitosti zakázky dovozdil, že žalobce byl oprávněn stanovit toto kritérium ekonomické a finanční způsobilosti vyšší. Na druhou stranu má soud za to, že předpokládaná hodnota zakázky hraje v případě stanovení kritéria odpovídající výši obratu roli stěžejní. Porovnání hodnoty veřejné zakázky a výše požadovaného obratu je proto pro posouzení přiměřenosti a tedy zákonnosti stanoveného kvalifikačního kritéria způsobem nanejvýš vhodným.

Soud zde závěrem podotýká, že za diskriminační, a tedy v rozporu se ZVZ, shledal nastavení zjevně nepřiměřených kvalifikačních předpokladů i Nejvyšší správní soud (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, dostupný na www.nssoud.cz). V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud poukázal na to, že zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.

Žalobce má rovněž za to, že postupoval v souladu se ZVZ i při vymezení předmětu plnění veřejné zakázky. V době zadávání zakázky totiž nemohl znát přesný rozsah svých konkrétních požadavků, včetně požadavků na náhradní či doplňkové díly, a to z důvodu nemožnosti odhadnout technologický vývoj či změny právních předpisů, ukládající mu povinnosti v souvislosti s výkonem státní správy a samosprávy.

V daném případě ze žaloby vyplývá, že mezi žalobcem a žalovaným není sporu o to, zda předmět veřejné zakázky byl vymezen dostatečně, nýbrž o to, zda skutečnost,

že zadavatel nemohl v době zadávání zakázky znát přesný rozsah svých požadavků, opravňuje zadavatele nespecifikovat blíže požadované dodávky a vyhradit si právo upravit strukturu dodávek na základě aktualizovaného plánu a rozvoje informačních a komunikačních technologií.

Při posouzení této otázky soud vyšel ze znění § 48 odst. 1 ZVZ, který stanoví zadavateli povinnost vymežit v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Tato povinnost je přitom bezvýjimečná a zadavatel, který za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá, je tak povinen učinit vždy. Pokud totiž není předmět veřejné zakázky řádně vymezen, nelze na takovou veřejnou zakázku podávat řádné nabídky, neboť není zřejmé, čeho se veřejná zakázka bude týkat, a na jaké výrobky či služby tedy mají být nabídky podávány. Soud se tedy plně ztotožňuje se žalovaným, že pokud žalobce v zadávací dokumentaci nejen, že nedefinoval množství požadovaných výrobků (což je v určitých případech přípustné), avšak neučinil tak ani ve vztahu k samotným výrobkům, jednalo se toliko o „imaginární soutěž“. Žalovaný zcela správně zavazuje zadavatele povinností vymežit předmět plnění veřejné zakázky v podrobnostech pro zpracování nabídky vždy, a to i v situaci, kdy není objektivně schopen předvídat vývoj na poli informačních technologií a svoje aktuální potřeby ve vztahu k případným změnám právních předpisů. Ani takové objektivní skutečnosti totiž nemohou nic změnit na povinnost zadavatele zakotvené v § 48 odst. 1 ZVZ, tj. vymežit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.

Soud je přitom názoru, že pokud předmět veřejné zakázky skutečně nemůže být vymezen v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, nelze veřejnou zakázku na takový předmět zadat (v daném případě tedy měl žalobce zadat zakázku toliko na dobu, na níž by mohl být schopen svoje potřeby a požadavky řádně definovat).

Pokud žalobce namítá, že na tyto okolnosti dodavatele v zadávací dokumentaci upozornil, žádného dodavatele nediskriminoval a nemohl se tedy dopustit deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ, nemůže s ním zdejší soud opět souhlasit. Správného deliktu podle citovaného ustanovení se dopustí zadavatel tím, že uzavře smlouvu s uchazečem vybraným tak, že nedodrží postup stanovený ZVZ pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek. V daném případě žalobce nevymezil dostatečně předmět veřejné zakázky. Nabídky, které byly na veřejnou zakázku s nejasně vymezeným předmětem podávány, tedy nemohly být řádně hodnoceny, neboť nebylo jednoznačně zřejmé, k jakému předmětu se dané nabídky vztahují a nemůže se tak jednat o nabídky vzájemně porovnatelné. Pokud tedy žalobce nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a následně uzavřel smlouvu na takovou veřejnou zakázku, jistě mohlo jeho pochybení ovlivnit hodnocení nabídek. Žalobce totiž hodnotil nabídky vzájemně neporovnatelné a tedy nehodnotitelné. Delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ tak byl spáchán.

IVd. Výše pokuty

Pokud jde o námitky týkající se výše pokuty, musel se s ohledem na vyjádření žalovaného soud vyslovit předně k tomu, že je oprávněn a povinen zabývat se i námitkami, které žalobce v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí neuplatnil. Soud k tomu poukazuje na rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 8. 2008, č. j. 7 Afs 54/2007 – 62, publikováno pod č. 1742/2009 Sb. NSS, v němž rozšířený senát konstatoval, že žalobce je „*oprávněn uvést v žalobě všechny důvody, pro které považuje napadené správní rozhodnutí za nezákonné. Tomu nebrání skutečnost, že některé z nich neuplatnil již v odvolacím řízení, ač tak učinit mohl. Ustanovení § 5 s. ř. s. na rozsah přezkumné činnosti soudu nedopadá.*“

Žalobce tedy předně namítá, že rozhodnutí žalovaného je ve vztahu ke stanovení výše pokuty nepřezkoumatelné, neboť se žalovaný řádně nevypořádal se všemi hledisky, které měl při výpočtu pokuty zohlednit. Tuto námitku zdejší soud shledal důvodnou.

Podle § 105 odst. 1 ZVZ se při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Stanovení výše pokuty je výsledkem správního uvážení žalovaného. 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.

Soud ze správních rozhodnutí zjistil, že žalovaný při odůvodnění výše pokuty pouze konstatoval maximální výši pokuty, která žalobci podle jeho názoru hrozila (5 % z ceny zakázky) a dále to, že „*z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu zejména tu skutečnost, že postupem zadavatele došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů o zakázku, která je z hlediska velikosti a charakteru organizace zadavatele poměrně významnou. Postup zadavatele má tak zvláště škodlivé následky*“. *Nebylo možné pominout ani skutečnost, že za nesprávné vymezení předmětu stejné zakázky v minulosti byl již zadavatel (...) sankcionován*“. Dále žalovaný „*zohlednil i komplikovanost předmětu, kombinaci dlouhodobého poskytování daných služeb a opakovaných dodávek*“. Ve prospěch zadavatele zohlednil „*rovněž uložení zákazu plnění ze smluv zamezující pokračování realizaci zakázky* (...)“. Ve druhostupňovém rozhodnutí se předseda žalovaného výslovně výši uložené pokuty nezabýval.

V daném případě tedy žalovaný ze zákonem (§ 105 odst. 1 ZVZ) výslovně požadovaných kritérií (závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchání,

jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán), zmínil pouze „zvláště škodlivé následky“, které dovozoval z toho, že „došlo k omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů o zakázku, která je z hlediska velikosti a charakteru organizace zadavatele poměrně významnou“. Žalobce k tomu namítá, že omezení konkurence a diskriminace potenciálních dodavatelů jsou skutečnosti, které vedly k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Zde předně nelze odhlédnout od toho, že žalobce byl napadeným rozhodnutím potrestán za tři delikty (1. že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, 2. že odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné, 3. že při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů nedodržel zásadu zákazu diskriminace), přičemž omezení konkurence a diskriminace potenciálních dodavatelů nelze rozhodně vztáhnout k deliktu spočívajícímu v nevymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Navíc v případě deliktu třetího (že při vymezení úrovně finanční a ekonomické způsobilosti uchazečů nedodržel zásadu zákazu diskriminace) není omezení konkurence a diskriminace potenciálních dodavatelů znakem skutkové podstaty tohoto deliktu, nýbrž se jedná o přímý a logický důsledek jeho spáchání. Pouze ve vztahu k deliktu druhému (že odkazoval v zadávací dokumentaci na specifická označení výrobků, které platí pro určitého podnikatele za příznačné) se jedná o znak skutkové podstaty tohoto deliktu. Nic to však nemění na tom, že omezení konkurence a diskriminaci potenciálních dodavatelů nelze v daném případě zohledňovat jako přitěžující okolnosti, neboť se jedná o okolnosti, které jsou v případě dvou deliktů s jejich spácháním spojeny vždy a v případě deliktu jednoho k nim naopak nedošlo vůbec. Rovněž obecné tvrzení o velikosti zakázky a „charakteru organizace žalobce“ soud nepovažuje za konkrétní odůvodnění škodlivých následků. Přestože tedy žalovaný uvedl, že jednání žalobce mělo „zvláště škodlivé následky“, neuvedl o jaké konkrétní následky se jednalo.

Žalovaný dále sice správně poukázal na to, že již obdobný delikt žalobce v minulosti spáchal (tuto skutečnost mu - aniž by to výslovně uvedl - připsal jistě k tíži), a zohlednil také „komplikovanost předmětu, kombinaci dlouhodobého poskytování daných služeb a opakovaných dodávek“, aniž by uvedl zda tak učinil ve prospěch či v neprospěch žalobce, a také to, že „uložení zákazu plnění ze smluv“ zamezilo pokračování realizaci zakázky (jako okolnost polehčující). Nijak se však nevyslovil ke způsobu spáchání deliktu ani okolnostem, za nichž byl spáchán, přestože se jedná o okolnosti výslovně uvedené v § 105 odst. 1 ZVZ. Pokud pak jde o následky, tak těmi se sice zabýval, nicméně jak je poukázáno výše, soud nepovažuje způsob, jakým se žalovaný s tímto kriteriem „popasoval“ za řádný a dostatečný.

Podle názoru soudu tak lze dané odůvodnění výše pokuty (vyjma tvrzení o spáchání obdobného deliktu v minulosti a tvrzení o zákazu plnění ze smluv) použít k odůvodnění téměř jakékoli výše pokuty.

Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze

dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005 - 53, nebo ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, oba dostupné na www.nssoud.cz). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.

Jak již konstatoval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, www.nssoud.cz, *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu. (...) Jednotlivé logické kroky, které vedly správní orgán ke stanovení konkrétní výše pokuty, je přitom třeba formulovat precizně a jednoznačně, aby odůvodnění stanovené výše pokuty bylo přezkoumatelné.“* Podle citovaného rozsudku je rozhodnutí o uložení pokuty nepřezkoumatelné, je-li výše pokuty odůvodněna pouhou rekapitulací skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria hodnocena. Úvaha správního orgánu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.

V rozsudku ze dne 30. 4. 2009, č. j. 6 As 34/2008-54, dostupný na www.nssoud.cz, Nejvyšší správní soud uvedl, že obsahuje-li zákonné ustanovení (v daném případě § 67 odst. 2 zákona č. 185/2001 Sb., o odpadech), pouze příkladný výčet hledisek, ke kterým je správní orgán při stanovení výše pokuty povinen přihlédnout, pak takováto právní úprava váže správní orgán v tom směru, že právě těmito zákonnými hledisky se musí zabývat vždy. Podle názoru zdejšího soudu je přitom závěr v rozsudku obsažený plně aplikovatelný i na ukládání pokut podle ZVZ.

Zdejší soud má tak za to, že se žalovaný ve svém rozhodnutí řádně nevypořádal se žádnou z okolností zakotvených v § 105 odst. 1 ZVZ, přestože se jedná o okolnosti, k nimž je povinen přihlédnout vždy, a při odůvodnění výše pokuty se s každou vypořádat. Soud dále podotýká, že žalovaný zcela pominul, že pokuta byla ukládána za správní delikty tři a bylo tak na místě tuto skutečnost zohlednit (k ukládání sankcí za více správních deliktů jedním rozhodnutím soud poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 7 Afs 7/2008, dostupný na www.nssoud.cz, případně na svoje rozhodnutí ze dne 26. 1. 2010, sp. zn. 62 Ca 47/2007, které je stranám sporu známo).

V takové situaci, kdy se žalovaný ve svém rozhodnutí řádně nevypořádal se žádnou z okolností zakotvených v § 105 odst. 1 ZVZ, není možné správní uvážení

žalovaného vůbec přezkoumat, a to ani omezeným způsobem, který soudu přísluší, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou vůbec zřejmé konkrétní úvahy, které vedly žalovaného k uložení pokuty v příslušné výši. Napadené rozhodnutí je tak z tohoto důvodu nepřezkoumatelné.

Vzhledem k uvedenému se soud nemohl zabývat námitkami, v nichž žalobce vytýkal žalovanému, že pokutu stanovil nepřiměřeně vysokou, případně vymykající se dosavadní praxi, neboť rozhodnutí žalovaného k tomu pro nedostatek odůvodnění nedává možnost.

V. Závěr

Ze shora uvedených důvodů tedy soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné pro vady řízení podle § 78 odst. 1 s. ř. s. a podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). Při rozhodování o výši pokuty řádně zohlední všechna kritéria zakotvená v § 105 odst. 1 ZVZ, jakož i veškeré další skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádá a přesvědčivě odůvodní, ke které okolnosti přihlédl a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty.

Otázku nezbytnosti zrušení prvostupňového rozhodnutí ponechává zdejší soud na zvážení předsedy žalovaného.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce byl ve věci úspěšný, a proto mu přísluší náhrada nákladů řízení proti neúspěšnému žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady ve výši 2000 Kč za zaplacený soudní poplatek (soud ze spisu nezjistil, že by žalobce zaplatil poplatek ve výši 3000 Kč, jak uvedl ve vyčíslení nákladů) a dále náklady právního zastoupení spočívající v odměně advokáta za tři úkony právní služby, které si žalobce vyúčtoval, po 2 100,- Kč společně se třemi režijními paušály po 300,- Kč – převzetí a příprava zastoupení, žaloba, účast při jednání soudu dne 28. 4. 2011, tedy 9200 Kč. Na cestovním dále náleží náhrada ve výši 2604,20 Kč za cestu ze sídla zástupce ke Krajskému soudu v Brně a zpět na jednání soudu vozidlem Ford Mondeo s průměrnou spotřebou 6,6 l/100 km, palivo nafta, ve vztahu k němuž předložil zástupce kopii osvědčení o registraci; z toho 1013,20 Kč (6,6 : 100 x 430 km x 35,70) jako náhrada za spotřebovanou pohonnou hmotu a 1591 Kč (430 km x 3,70 Kč) jako základní náhrada. To vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a), d) a g), § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif), podle § 157 odst. 4 písm. b) a § 158 odst. 2 a 3 zákona č. 261/2006 Sb., zákoník práce. Vzhledem k tomu, že zástupce předložil osvědčení o registraci k DPH, byla zmíněná částka navýšena o částku odpovídající DPH (1960,80 Kč) podle § 57 odst. 2 s. ř. s. Celkem se tedy jedná o částku 13765 Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit k rukám zástupce žalobce ve stanovené lhůtě.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s. ř. s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něho jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s. ř. s.).

V Brně dne 28. 4. 2011

David Raus, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová