



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a JUDr. Viktora Kučery v právní věci žalobce: **Město Cheb**, se sídlem náměstí Krále Jiřího z Poděbrad 1/14, Cheb, zast. Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, se sídlem Revoluční 724/7, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 10/2017 – 61,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 10/2017 – 61, **se ruší** a věc **se** mu **v r a c í** k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

[1] Kasační stížností se žalobce (dále „stěžovatel“) domáhá zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu, kterým byla zamítnuta žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2016, č. j. ÚOHS-R0153/2016/VZ-48594/2016/323/PMo, kterým byl podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zamítnut rozklad stěžovatele a potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 5. 2016, č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-19337/2016/543/JWe (dále také „prvostupňové rozhodnutí“). Tímto rozhodnutím byl žalobce shledán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 30. 9. 2016 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“); za to mu byla uložena pokuta ve výši 300 000 Kč. Správního deliktu se měl stěžovatel dopustit tím, že jako zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Turistické využití levého břehu Ohře“ v užším řízení nedodržel postup stanovený v § 6 zákona o veřejných zakázkách a § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném ke dni 16. 2. 2012, neboť ve výkazu výměr uvedl požadavky na dodání konkrétních výrobků, což vedlo ke znevýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky.

[2] V žalobě stěžovatel namítal, že u krajinné architektury je mobiliář jedním z mála prostředků, jak docílit kvality prostředí pro pobyt lidí; z toho důvodu byly zvoleny atypické prvky a ostatní prvky mobiliáře byly sladěny s tímto záměrem. Protože nebyly známy jiné výrobky podobného vzhledu a kvalit, byly uvedeny konkrétní výrobky; účelem nebylo neumožnit dodání sedacích kamenů jiného výrobce. Příložený katalog s technickými nákresy bylo

nejsrozumitelnějším způsobem, jak projektant mohl vyjádřit požadavky. Předmět veřejné zakázky byl specifický natolik, že odůvodňoval použití příznačných názvů. Stěžovatel namítal, že se žalovaný jeho argumentací dostatečně nezabýval; tvrdil, že skutek, který je mu přičítán, nespáchal; podotkl, že dodání jiných výrobků nikde v zadávacích podmínkách nebylo vyloučeno. Namítl nezákonnost stanovení sankce, protože je prvostupňové rozhodnutí v této části nepřezkoumatelné; žalovaný se dle stěžovatele dopustil dvojího přičítání k tíži stěžovatele, nezabýval se konkrétními následky, způsobem a okolnostmi spáchání deliktu. Argumentace žalovaného pouze opakuje skutečnosti, na kterých žalovaný založil závěr o naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Jestliže žalovaný bere v úvahu skutečnost, že postupem stěžovatele mohlo dojít k omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídky s výhodnějšími podmínkami, pak bere v úvahu něco, na čem založil svůj závěr o spáchání správního deliktu. Při ústním jednání stěžovatel namítl, že před novelizací zákonem č. 55/2012 Sb. zákon o veřejných zakázkách nepožadoval v § 44 odst. 11 výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů a dále, že žalovaný neposuzoval splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejhodnější nabídky. Krajský soud žádné z žalobních námitek stěžovatele nepřisvědčil a žalobu zamítl.

[3] Krajský soud především podotkl, že se nemohl věcně zabývat námitkami, které stěžovatel uplatnil až při ústním jednání u soudu, neboť se jedná o námitky opožděné; dle krajského soudu ani jedna z těchto námitek žádným způsobem nerozvíjí argumentaci obsaženou v žalobě, v níž jsou žalovanému vytýkána odlišná pochybení, nejde tedy o konkretizaci již uplatněného žalobního bodu, nýbrž o uplatnění žalobních bodů nových, jejichž důvodnost soud s ohledem na jejich opožděné uplatnění nemohl posuzovat.

[4] Krajský soud dále poznamenal, že napadené rozhodnutí nevychází ze závěru, že se stěžovatel dopustil správního deliktu také tím, že použil odkaz na konkrétní výrobky v případě sedacích kamenů a tepelného čerpadla a elektrokotle, jak tvrdí v žalobě; žalobní argumentace se v této části zcela míjí s důvody napadeného rozhodnutí a již z toho důvodu nelze žalobu v této dílčí části považovat za důvodnou. Krajský soud konstatoval, že odkaz na konkrétní výrobky stěžovatel použil ve výkazu výměr ve vztahu k dodávce následujících výrobků: lavičky, stojan na kola, pítko, informační tabule, válcová plakátovací plocha, orientační systém, odpadkový koš, osvětlená lavice a stavební materiály (překlady, těsnící hmota, fólie, dlažba, obrubníky). V samotném výkazu výměr byl u každého z uvedených výrobků uveden obchodní název konkrétního výrobku (např. „Modul systém ARPA 3“, „Stojan na kola STARSSOTA“, „Pítko FUENTE RETTANGOLARE“ apod.), přičemž k výkazu výměr byly zadavatelem jako součást zadávací dokumentace připojeny části katalogových listů konkrétního výrobce těchto výrobků. Ve všech výše uvedených výrobcích neshledal soud žádnou překážku pro to, aby byly jejich jednotlivé technické parametry vymezeny pomocí obecných charakteristik – tj. požadovanými rozměry (uvedenými v textovém popisu či pomocí nákresů), účelovým určením či vlastnostmi materiálu (estetickými, fyzikálními apod.). Soud připustil, že předmět veřejné zakázky byl natolik specifický, že z architektonického hlediska mohl odůvodňovat použití atypických prvků určitých rozměrů a určitých vlastností; to ovšem neznamená, že by specifická předmětu veřejné zakázky odůvodňovala také použití konkrétních výrobků konkrétního výrobce. Tvrzení stěžovatele, že v zadávacích podmínkách nebylo vyloučeno dodání výrobků jiných výrobců, na uvedeném nemůže dle soudu nic změnit, nadto soud za takové vyloučení považuje uvedení konkrétních výrobků ve výkazu výměr. Má-li být nabídka v souladu se zadávací dokumentací, je vyloučeno, aby dodavatel nabídl výrobky jiné, i kdyby jinakost měla spočívat pouze v tom, že půjde o výrobek jiného výrobce, byť se shodnými vlastnostmi. Tento závěr by nemusel platit jedině v případě, že by zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně uvedl, že odkazy na konkrétní výrobky jsou pouze ilustrativní s tím, že dodavatelé mohou nabízet i jiné výrobky srovnatelných rozměrů apod. Tak tomu v posuzované zadávací dokumentaci nebylo,

pokračování

stěžovatel se tak zjevně dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách v § 6 ve spojení s § 41 odst. 11.

[5] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce, že rozhodnutí žalovaného je nepřezkoumatelné, neboť žalovaný se nezabýval rozkladovými námitkami, nezdůvodnil své úvahy a nepředložil konkrétní ucelenou argumentaci oponující argumentaci stěžovatele. Soud se neztotožňuje ani s tvrzením stěžovatele, že možnost popsání výrobků pomocí obecných charakteristik je otázkou do značné míry odbornou, přičemž žalovaný nenaznačil, jak by měla být obecná specifikace provedena - jako příklad obecných charakteristik uvádí rozměry nebo fyzikální a mechanické vlastnosti – tj. uvedení výšky, šířky, délky, průměru, tvaru, barvy, povrchových vlastností, použitého materiálu, účelu apod. A z vyjádření žalobce je také patrné, že právě vlastnosti výrobků jej vedly k rozhodnutí, že zrovna dané výrobky bude požadovat (žalobce netvrdí, že dané výrobky požadoval proto, že jsou od konkrétního výrobce). Takto lze popsat i výrobky, na které jsou kladeny požadavky na estetiku a architektonické ztvárnění. Zadavatel nemusí nutně zdůvodňovat, proč určitý tvar, rozměry či barvu lavičky projektant považuje za estetické či z architektonického hlediska potřebné, postačí, když tvar, rozměry, respektive barvu popíše. Pro tyto závěry přitom není potřebné ani odborné posouzení. Žalovaný nezpochyboval, že z hlediska krajinné architektury je vhodné, aby použité výrobky měly určité rozměry, tvar, povrch, složení, barvu apod. Proto nebylo na místě provádět odborné posouzení právě z hlediska krajinné architektury. Žalovaný zpochyboval to, že je pro tyto účely nezbytné použití konkrétního výrobku konkrétního výrobce a je vyloučeno, aby účastník řízení úspěšně nabídl srovnatelný výrobek jiného výrobce (byť by nešlo o běžnou katalogovou výrobu, nýbrž o výrobu na základě individuální poptávky). Pro takový závěr není potřebné odborné posouzení a rozhodně nejde o otázku, kterou by měl posuzovat odborník v oblasti krajinné architektury.

[6] Krajský soud nepřisvědčil stěžovateli ani stran nezákonného postupu při vyměření pokuty. Podle § 121 odst. 2 věty první zákona o veřejných zakázkách 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; tomu dle krajského soudu žalovaný dostal. Nejen že posuzoval zákonem explicitně vyjmenovaná kritéria, ale zabýval se také dalšími hledisky pro uložení sankce (např. majetkovými poměry, polehčujícími okolnostmi apod.; viz body 76 až 93 prvostupňového rozhodnutí a body 31 až 37 napadeného rozhodnutí). V této souvislosti soud poznamenává, že správní rozhodnutí obou stupňů tvoří jeden celek, proto je nutno za odůvodnění sankce považovat celkové odůvodnění obsažené v prvostupňovém rozhodnutí ve spojení s napadeným rozhodnutím. Dle krajského soudu žalovaný a jeho předseda odůvodnili výši sankce zcela dostatečně, přičemž soud neshledal, že by v jakémkoliv směru vybočili z mezí správního uvážení. V jejich myšlenkovém postupu nejsou žádné logické rozpory, jejich úvahy jsou racionální a ucelené, zohledňují všechna zákonná kritéria i relevantní skutkové okolnosti. Soud v odůvodnění správních rozhodnutí o výši pokuty neshledal ani namítané pochybení spočívající ve dvojím zohlednění téže skutečnosti z hlediska viny i sankce. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 8. 2012, č. j. 4 Ads 114/2011 - 105, krajský soud zdůraznil, že porušením zákazu dvojího přičítání není postup správního orgánu, který toliko při stanovení výše sankce hodnotí skutečnosti, které již hodnotil z hlediska viny. Tyto skutečnosti totiž hodnotit musí, neboť to vyžaduje nejen zákon, ale zejména obecné požadavky na odůvodnění rozhodnutí a právní zásady platné pro ukládání sankcí; správní orgán musí přihlédnout ke všem okolnostem případu jak při hodnocení viny, tak při určování výše sankce; kdyby měl při stanovení sankce odhlédnout od všeho, co již hodnotil z hlediska viny, jednak by již prakticky neměl co hodnotit, jednak by se dostal do jednoznačného rozporu se zákonnými hledisky pro určení výměry pokuty. Zákaz dvojího přičítání není zákazem dvojího zohlednění, nýbrž skutečně pouze dvojího přičítání – k tíži nebo ku prospěchu pachatele. Jestliže správní orgán toliko zohledňuje okolnosti případu, protože pouze tak se může vyjádřit k závažnosti deliktu, neznamená to, že určitý znak skutkové podstaty zároveň hodnotí jako polehčující

či přítěžující okolnost. To je také případ napadeného rozhodnutí (resp. prvostupňového rozhodnutí). To, že žalovaný při stanovení sankce vzal v úvahu určitou skutečnost, neznamená, že ji stěžovateli přičítal k tíži (jakožto přítěžující okolnost).

[7] V kasační stížnosti namítá stěžovatel důvody dle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.; konkrétně tvrdí nesprávné posouzení právní otázky naplnění skutkové podstaty správního deliktu soudem v předcházejícím řízení a nepřezkoumatelnost spočívající v jiných vadách řízení před soudem, které mohly mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé, a v nedostatku odůvodnění.

[8] Stěžovatel nesouhlasí s tím, že by svým jednáním naplnil skutkovou podstatu § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy že by porušil postup zákonem stanovený, neboť použití odkazů na konkrétní výrobky bylo odůvodněno specifickým předmětem veřejné zakázky; specifičnost předmětu veřejné zakázky ostatně nezpochybnuje ani krajský soud. Napadené rozhodnutí uvádí, že specifický předmět veřejné zakázky mohl z architektonického hlediska odůvodňovat použití atypických prvků určitých rozměrů a určitých vlastností; i přesto však podle názoru soudu nebylo odůvodněno použití odkazu na konkrétní výrobky konkrétního výrobce. Soud tak trvá na tom, že bez ohledu na to, že podle zjištění stěžovatele takové atypické prvky vyrábí pouze určitý výrobce, stěžovateli nic nebránilo tyto prvky popsat obecně. S těmito závěry soudu stěžovatel nesouhlasí a trvá na tom, že byly naplněny podmínky § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách a odkazy na specifické výrobky mohly být při specifikaci technických podmínek použity. Stěžovatel uvádí, že využil specifické odkazy u betonových laviček a sedacích kamenů, kde k technické zprávě mobiliáře přiložil katalogový list konkrétního výrobku. Vzhledem k nutnosti zajistit kvalitu prostředí pro pobyt lidí, zvolil stěžovatel atypické prvky mobiliáře, zejména lavičky vzhledu velkých hladkých bloků délky přes 15 m s tím, že ostatní prvky mobiliáře byly sladěny s tímto záměrem. Atypické lavičky představují klíčový prvek architektonického ztvárnění prostoru. Jedná se o zcela specifické, a nikoliv běžně dostupné prvky, které kdyby stěžovatel popsal obecnými znaky, jak požaduje soud, nebyl by takový popis dostatečně přesný a neodpovídal by předmětu veřejné zakázky. Tam, kde bylo možné vymezení obecnými znaky, navíc stěžovatel obecný popis použil. To je patrné například v případě sedacích kamenů, kde stěžovatel v technické zprávě nevyžadoval použití konkrétního typu sedacích kamenů a sedací kameny popsal zcela obecně. K popisu použil stěžovatel rovněž přehledné technické nákresy vyjadřující jím zamýšlené požadavky na sedací kameny. Stěžovatel tvrdí, že použitím odkazů na konkrétní výrobky za účelem upřesnění popisu požadovaného plnění nevyklučovalo dodání výrobků jiných výrobců.

[9] Stěžovatel v tomto směru upozorňuje na to, že před novelizací zákonem č. 55/2012 Sb., která zavedla do § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách povinnost zadavatele u použití odkazu výslovně umožnit pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, takovou povinnost v době zadávacího řízení neměl. Poukazuje na to, že touto námitkou týkající se absence povinnosti stěžovatele výslovně uvést možnost použití porovnatelných materiálů a řešení se však soud vůbec nezabýval a uvedl, že tato námitka byla uplatněna opožděně, a to až při ústním jednání. Takový postup byl dle stěžovatele nesprávný a představuje vadu řízení, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé. Se stejným odůvodněním se soud nezabýval námitkou, že žalovaný nezkoumal a neposuzoval splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejhodnější nabídky, ačkoli se jedná o zcela zásadní podmínku naplnění skutkové podstaty vytykaného správního deliktu. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Pro naplnění skutkové podstaty výše citovaného správního deliktu musí dojít k naplnění obou podmínek (tj. nedodržení postupu podle zákona a alespoň možnost ovlivnění výběru

pokračování

nejvhodnější nabídky) kumulativně. Jestliže žalovaný deklaruje spáchání správního deliktu podle uvedeného ustanovení, musí se všemi výše uvedenými znaky tohoto správního deliktu zabývat a musí naplnění všech těchto tří znaků prokázat. Znakem možného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v důsledku postupu stěžovatele se však žalovaný, předseda žalovaného ani soud v napadeném rozhodnutí nezabývali, což vedlo k nepřezkoumatelnosti jak prvostupňového rozhodnutí a rozhodnutí o rozkladu, tak i napadeného soudního rozhodnutí.

[10] Stěžovatel v žalobě namítal nezákonnost postupu žalovaného při vyměření pokuty v rozporu s § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách tím, že se dopustil tzv. dvojího přičítání k tíži stěžovatele. Krajský soud dospěl k závěru, že se žalovaný dostatečně zabýval zákonnými kritérii pro určení výměry pokuty a že hodnotil konkrétní okolnosti spáchání správního deliktu. S výše uvedenými závěry stěžovatel nesouhlasí a trvá na tom, že došlo k porušení postupu podle § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a zákazu dvojího přičítání. Obě správní rozhodnutí tvrdí, že způsob stanovení požadavků na předmět plnění veřejné zakázky mohl vést k diskriminaci některých dodavatelů a tím pádem i k omezení hospodářské soutěže. To ovšem nic neříká o závažnosti tvrzeného správního deliktu, jeho důsledcích a okolnostech, ale jedná se pouze o zopakování skutečností, na nichž jsou založeny závěry o spáchání správního deliktu. Stěžovatel tedy nemůže souhlasit s tím, že se žalovaný, resp. jeho předseda dostatečně zabývali všemi znaky uvedenými v § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, neboť jejich závěry jsou vedeny obecnými úvahami bez nezbytné konkretizace na daný případ. Obdobně to platí o dvojím přičítání, kdy je hodnocena skutečnost, že nezákonným postupem stěžovatele mohlo dojít k bezdůvodnému omezení možnosti některých dodavatelů podat výhodnější nabídky.

[11] Důvod nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku krajského soudu stěžovatel spatřuje v odmítnutí námitek, které stěžovatel uvedl při ústním jednání. Tyto námítky soud nesprávně posoudil jako nové námítky týkající se odlišných pochybení uplatňovaných v žalobě, neboť dle jeho názoru nerozvíjí dosavadní žalobní argumentaci stěžovatele. Stěžovatel se domnívá, že jím vznesené námítky při ústním jednání nelze posoudit jako nové žalobní body, ale jedná se pouze o rozvinutí právní argumentace obsažené v žalobě. Správní žalobou stěžovatel totiž brojil proti nesprávnému posouzení naplnění skutkové podstaty deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, proto námítky týkající se nenaplnění skutkové podstaty správního deliktu nelze vykládat jako nová tvrzení. S ohledem na významnost argumentů vznesených při ústním jednání soud zatížil řízení vadami, které mohly mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé. Stěžovatel v této souvislosti odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, podle které nelze odmítnout tvrzení žalobce pro opožděnost, pokud mají tato tvrzení oporu v žalobních bodech vymezených alespoň v hrubých rysech; konkrétně uvádí rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 8. 2007, č. j. 2 Azs 54/2007 – 42 : „*Za žalobní bod, u něhož je třeba pokusit se o jeho doplnění a upřesnění, pak nutno považovat každé vyjádření žalobce, z něhož by i jen v nejhrubších obrysech lze dovodit, že žalobce má napadené správní rozhodnutí z určitého důvodu za nezákonné. Pouze takovýmto – ve prospěch žalobce extenzivním – výkladem pojmu žalobního bodu lze naplnit ústavní požadavek řádného přístupu k soudní ochraně před rozhodnutím veřejné správy ve smyslu čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Koncentrace žalobních bodů daná lhůtou pro jejich uplatnění nemůže být totiž vykládána tak, že by pro žalobce vytvářela překvapivé situace a vysokou míru nejistoty o tom, co ze svých námitek pro žalobou napadenému rozhodnutí se mu podařilo procesně účinným způsobem uplatnit a co nikoli. Účelem lhůty k uplatnění žalobních bodů je totiž toliko časové fixování základního rozsahu toho, co bude předmětem soudního přezkumu správního rozhodnutí, tak, aby byla zajištěna patřičná míra právní jistoty účastníků řízení a rychlost řízení.*“ Obdobné závěry jsou uvedeny i v rozsudku rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 – 72.

[12] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že stěžovatel v kasační stížnosti nevznášá žádné konkrétní důvody, proč považuje námítky jím uplatněné až při ústním jednání před krajským soudem za rozvinutí námitek již vznesených v žalobě proti napadenému rozhodnutí

a v této souvislosti pouze cituje z příslušné judikatury NSS. Poukazuje rovněž na to, že stěžovatel v žalobě směřující proti napadenému rozhodnutí namítal pouze nezákonnost z důvodu nesprávnosti a nepřezkoumatelnost z důvodu dostatečného nevypořádání se se všemi argumenty stěžovatele vznesenými ve správním řízení. Konkrétně pak namítal zejména, že předmět veřejné zakázky byl natolik specifický, že odůvodňoval použití příznačných názvů dle § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách; s ohledem na nezvyklé ztvárnění laviček a jejich význam pro estetické ztvárnění celého projektu byl odkaz na konkrétní výrobek rovněž odůvodněn předmětem veřejné zakázky; dodání výrobků jiných výrobců nebylo nikde v zadávacích podmínkách vyloučeno. Dále namítal nepřezkoumatelnost části napadeného rozhodnutí týkající se výše pokuty a tvrzené porušení zásady zákazu dvojího přičítání k tíži stěžovatele. Stěžovatel tedy v žalobě primárně tvrdil, že předmět veřejné zakázky byl specifický a významné bylo estetické uspořádání prostoru, přičemž dodání výrobků jiných výrobců v zadávací dokumentaci nebylo vyloučeno. Tvrzení, že před novelou zákona č. 55/2012 Sb. zákon nepožadoval výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů, a to, že Úřad údajně náležitě neposuzoval splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky, stěžovatel uvedl až při ústním jednání před krajským soudem. Nadto, na skutečnosti, zda zákon (ne)požadoval výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů, ani napadené rozhodnutí své závěry nestaví. Žalovaný se ztotožnil se závěrem krajského soudu, že stěžovatel nepřipustně uplatnil nový žalobní bod po uplynutí lhůty; nejednalo se tedy o přípustné rozšíření již uplatněného žalobního bodu. V šetřeném případě je s ohledem na povahu námitek, uplatněných stěžovatelem při ústním jednání u krajského soudu zřejmé, že ani nejde o námítka týkající se skutečností, k nimž je soud povinen přihlížet z moci úřední. Krajský soud tak postupoval procesně správně, když se věcně nezabýval námítkami uplatněnými při ústním jednání z důvodu jejich opožděnosti. Ohledně námitek stran naplnění skutkové podstaty správního deliktu stěžovatelem odkazuje žalovaný na argumentaci uvedenou ve vyjádření k žalobě. Pokud stěžovatel poukazuje na to, že se žalovaný a jeho předseda v napadeném rozhodnutí a v prvostupňovém rozhodnutí nezabývali znakem možného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v důsledku stěžovatelova postupu, což mělo založit nepřezkoumatelnost těchto rozhodnutí správního orgánu, žalovaný odkazuje na části jednotlivých rozhodnutí (bod 74 prvostupňového rozhodnutí, resp. bod 36 odůvodnění rozhodnutí předsedy žalovaného, kde je podrobně popsáno, jak a proč postup stěžovatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť došlo ke zvýhodnění výrobců nabízejících konkrétní požadované výrobky, respektive dodavatelů nabízejících zboží právě od těchto výrobců. Žalovaný v této souvislosti odkazuje na rozsudek NSS č. j. 9 As 63/2016-43, ze dne 18. 8. 2016, kde je konstatováno, že „... [s]těžovatel není u obrozovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokázat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku“. V daném případě je z odůvodnění napadeného rozhodnutí, resp. ze skutečností (které krajský soud rovněž akcentoval v napadeném rozsudku) evidentní, že žalovaný, jakož i jeho předseda, v napadeném rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž srozumitelně vyplývá, proč v důsledku pochybení stěžovatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, resp. k ohrožení soutěže o danou veřejnou zakázku. Správní rozhodnutí tak nelze dle žalovaného označit za nepřezkoumatelná. Co se týče odůvodnění výše pokuty a porušení zásady zákazu dvojího přičítání, žalovaný uvádí, že přezkoumatelně posoudil otázku výše uložené pokuty, a to i ve vztahu majetkovým poměrům stěžovatele. Úřad v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí i napadeného rozhodnutí vymezil předpoklady pro uložení pokuty, následně vymezil horní hranici pokuty, z níž při ukládání pokuty vycházel, a dále uvedl, k čemu podle § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách přihlédl při vyměření výše pokuty za spáchaný správní delikt, tedy k jakým následkům a okolnostem spáchaní správního deliktu přihlížel. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že byla zohledněna všechna zákonná ustanovení, z nichž

pokračování

při uložení pokuty správní orgán vycházel, přičemž při ukládání pokuty zohlednil stěžovatelovy hospodářské výsledky a své úvahy specifikoval i z hlediska účinků uložené sankce; byly zohledněny i polehčující okolnosti. Lze tedy dle žalovaného konstatovat, že v prvostupňovém i v žalobou napadeném rozhodnutí je podána vyčerpávající odpověď na otázku, proč byla pokuta uložena ve výši 300 000 Kč, přičemž argumentaci obsaženou v obou rozhodnutích lze považovat za souladnou se zákonem. Pokud se jedná o stěžovatelem tvrzené porušení zásady dvojího přičítání, žalovaný uvádí, že fakt, že správní orgán ve svém rozhodnutí shrnuje jednotlivé konkrétní okolnosti daného případu v rámci posouzení závažnosti správního deliktu, automaticky neznámá, že samotný příslušný znak skutkové podstaty zároveň považuje za přitěžující okolnost. V případě posuzování, zda byly naplněny znaky příslušné skutkové podstaty správního deliktu, se „pouze“ posuzuje, zda byly naplněny, či nikoli, kdežto v rámci posouzení závažnosti správního deliktu se naopak zohledňuje zpravidla jeho charakter (méně závažný, závažný), intenzitu následků spáchání správního deliktu či např. rozsah omezení nebo vyloučení hospodářské soutěže. Nelze tak přisvědčit argumentaci stěžovatele, podle které žalovaný, resp. předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí nepromítl konkrétní způsob a okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, do určení výše pokuty, a podle které došlo k dvojímu přičítání téže skutečnosti k tíži stěžovatele. Krajský soud v napadeném rozsudku učinil relevantní a přezkoumatelný závěr, že se v šetřeném případě nejednalo o vícenásobné poškození stěžovatele za totéž jednání. Argumentace krajského soudu je dle žalovaného správná a zcela dostatečně odůvodněná. Žalovaný v podrobnostech odkazuje na závěry obsažené v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí i žalobou napadeného rozhodnutí, které považuje za dostatečně srozumitelné a vyčerpávající. Ze všech shora uvedených důvodů navrhuje, aby Nejvyšší správní soud postupem dle § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. podanou kasační stížnost zamítl.

[13] Nejvyšší správní soud po konstataci včasnosti kasační stížnosti, jakož i splnění ostatních podmínek řízení, přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a z důvodů uplatněných stěžovatelem, přičemž zkoumal, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by byl povinen přihlídnout z úřední povinnosti (§109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[14] Nejvyšší správní soud se nejprve musel zabývat stěžovatelem tvrzenou nepřezkoumatelností napadeného rozsudku, a to z důvodu nevypořádání jeho uplatněných žalobních námitek.

[15] Nejvyšší správní soud nesdílí názor krajského soudu stran opožděnosti námitek uplatněných při ústním jednání; konkrétně poukazuje stěžovatele na neexistenci zákonné povinnosti dle § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době vydání výzvy k podání nabídky, výslovného připuštění použití jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení, než uvedených v zadávacích podmínkách; dále stěžovatel při ústním jednání uvedl, že žalovaný nezkoumal a neposuzoval splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud krajský soud bez dalšího dospěl k závěru, že jsou žalovanému vytýkána odlišná pochybení, a nejde tedy o konkretizaci již uplatněného žalobního bodu, nýbrž o uplatnění žalobních bodů nových, nelze mu přisvědčit.

[16] Ústavní soud v nálezu ze dne 1. 6. 2000, sp. zn. III. ÚS 631/99, konstatoval: „*V režimu správního soudnictví (§ 249 odst. 2, § 250b odst. 1 o. s. ř.) je nezbytné ve správním návrhu (žalobě) uvést žalobní (stížnostní) body, jimiž žalobce konkretizuje svá tvrzení stran porušení zákona (příp. jiného právního předpisu), a jimiž ve vztahu k rozhodujícímu soudu vymezuje rozsah přezkumu zákonnosti žalobou napadeného správního rozhodnutí, jehož se žalobou dovolává, a který v zabývaném řízení může měnit nebo rozšiřovat jen podmíněně; pro zvláštní povahu správního soudnictví a způsob rozhodování v něm tak neplatí obecná zásada (§ 79 o. s. ř.), že k zákonem stanoveným obsahovým náležitostem návrhu (žaloby) nepatří právní zdůvodnění návrhového (žalobního) žádání (petitu), případně že takovým zdůvodněním (pokud bylo jako procesní superfluum do návrhu pojata) není obecný soud ve svém rozhodnutí vázán. (...) Přezkum zákonnosti správního rozhodnutí*

ex lege vylučuje jiný přezkum správního rozhodnutí než přezkum jeho zákonnosti, který však jak pro správní soudnictví ovládající dispoziční zásadu, tak pro okolnosti vyplývající z povahy věci, vyžaduje, aby z obsahu žaloby již zmíněné žalobní body jako nepominutelná kritéria rozsudku přezkumné činnosti správního soudu (obsahovým soubrem důvodů) byly dostatečně zřejmé, aniž by však byl nezbytný jinak zcela případný odkaz na přesné označení zákona (jiného právního předpisu), případně jeho jednotlivého ustanovení. “ (srov. též např. nález Ústavního soudu ze dne 9. 3. 2000, sp. zn. 484/99, v němž Ústavní soud „opakovaně je nucen konstatovat (obdobně např. IV. ÚS 406/99), že nepřiměřeně přísný výklad náležitosti správní žaloby dle § 249 odst. 2 o.s.ř. porušuje čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod a v důsledku toho i právo na soudní ochranu proti rozhodnutí orgánů veřejné správy dle čl. 36 odst. 2 Listiny.“ Rovněž v nálezu ze dne 25. 11. 1999, sp. zn. IV. ÚS 325/99 Ústavní soud zdůraznil: „Za situace, kdy zákonem stanovené podmínky přístupu občana k soudu ve správních věcech jsou velmi rigidní, formálně přísné a stojí na koncentraci řízení, nelze akceptovat, jsou-li tyto podmínky navíc vykládány extenzivně. Takový přístup je v rozporu s čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod.“ Jakkoli uvedená judikatura se vztahovala k části páté občanského soudního řádu, nelze na ni rezignovat ani v řízeních vedených již dle soudního řádu správního. K formulaci žalobních bodů viz též např. rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 – 72.

[17] Jak již opakovaně konstatoval Nejvyšší správní soud, přepjatý formalismus při posuzování náležitostí žaloby ve správním soudnictví – a stejně tak i jakýchkoliv jiných procesních úkonů účastníků řízení – naprosto neodpovídá principu materiálního právního státu, ale ani samotnému poslání soudnictví. Soudy jsou nezávislé a nestranné státní orgány, které usilují o nalezení spravedlnosti rozhodováním v konkrétních věcech a které nemohou odmítnout zabývat se určitou věcí ze zcela formálních či spíše formalistických důvodů, ale pouze z takových příčin, které poskytování soudní ochrany skutečně vylučují. Při výkladu mezí práva na spravedlivý proces, stanovených soudním řádem správním, je v souladu s čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod nezbytné šetřit jejich podstaty a smyslu a nezneužívat je k jiným účelům, než pro které byly stanoveny. Nabízejí-li se přitom dvě interpretace, z nichž jedna hovoří ve prospěch výkonu práva na spravedlivý proces a druhá proti němu, musí soud vždy zvolit výklad první (srov. např. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, nebo rozsudek rozšířeného senátu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 – 78).

[18] V rozsudku ze dne 21. 2. 2007, č. j. 2 Afs 114/2006 – 80, Nejvyšší správní soud konstatoval: „Žalobní bod [§ 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s.] je zpravidla spojením důvodu právního a důvodu skutkového. Argumentace uplatněná po uplynutí lhůty k podání žaloby a založená na tomtéž právním důvodu, jaký byl namítnut již v žalobě, ale opírající se o jiný důvod skutkový, není pouhým vysvětlením k žalobnímu bodu obsaženému v žalobě, nýbrž žalobním bodem novým, k němuž soud nemůže přiblížit (§ 71 odst. 2 s. ř. s.).“ V nyní projednávané věci však stěžovatel nespороval námitkami při ústním jednání skutkový stav, nepopíral, že by na konkrétní výrobky použil odkaz ve smyslu § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, ale pouze rozvinul právní argumentaci na podporu svých tvrzení, resp. poukázal na nenaplněný znak skutkové podstaty v případě prokázání závažnosti dopadu na ostatní uchazeče.

[19] Správní žalobou stěžovatel zcela jednoznačně brojil proti nesprávnému posouzení naplnění skutkové podstaty deliktu, jehož se měl podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách dopustit, proto námitky týkající se nenaplnění skutkové podstaty správního deliktu, ať již důvodu neexistence povinnosti výslovného umožnění použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení při plnění veřejné zakázky nebo z důvodu nenaplnění podmínek podstatného dopadu postupu stěžovatele na výběr nejvhodnější nabídky, nelze vykládat jako nová tvrzení. Odkaz na odlišnost znění zákonného ustanovení je tak pouze právní argumentací vztahující se k již řádně uplatněnému žalobnímu bodu. Co se týče druhé z uplatněných námitek, jedná se rovněž o zpochybnění naplnění zákonné podmínky (hypotézy právní normy), která byla

pokračování

použita a jejíž nepřípadnou aplikaci na skutkový stav stěžovatel napadá [§120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách].

[20] Ze správního spisu vyplývá, že správní řízení bylo se stěžovatelem zahájeno z důvodu, že nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, tím se měl dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Je pravdou, že žalobní argumentaci stěžovatel směřoval zejména k vymezení specifického předmětu veřejné zakázky, pročež měl za splnění podmínky § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách; současně však výslovně namítal i to, že dodání výrobků jiných výrobců nebylo nikde v zadávacích podmínkách vyloučeno (str. 5, třetí odstavec žaloby), jinými slovy uvádí, že odkazy uvedenými u jednotlivých prvků potenciální uchazeče o zakázku z účasti nevyloučil. Pokud tedy stěžovatel při ústním jednání odkázal na neexistenci zákonné povinnosti v tehdy účinném ustanovení zákona, dle kterého byl shledán vinným, a která mu byla přičtena při posuzování naplnění skutkové podstaty správního deliktu, proti čemuž žalobou brojil, nelze dospět k závěru, že se jedná o nový dosud neuplatněný žalobní bod.

[21] Není pravda, jak tvrdí žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, že na skutečnosti, zda zákon (ne)požadoval výslovné uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů, ani napadené rozhodnutí své závěry nestaví. V prvostupňovém rozhodnutí žalovaného se v bodě 39. výslovně uvádí, že z výzvy k podání nabídky, ze zadávací dokumentace, z projektové dokumentace ani z jiných dokumentů, které jsou součástí zadávacích podmínek na šetřenou veřejnou zakázku, nevyplývá, že by zadavatel výslovně připustil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení, než uvedených v zadávacích podmínkách. Rovněž v rozhodnutí žalovaného je stěžovateli vytýkáno, že neumožnil použití jiných technicky obdobných řešení (viz bod 25). Zda tomu tak skutečně bylo, žalovaný dovozuje právě z podmínek § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, stejně jako prvostupňové rozhodnutí, které bez výhrady aproboval, tedy z faktu, že zadavatel výslovně nepřipustil použití jiných kvalitativně a technicky obdobných řešení, neboť žádné jiné úvahy směřující k závěru o tom, že jiná řešení nebyla připuštěna, správní rozhodnutí neobsahuje. Na tomto místě je naopak třeba přisvědčit stěžovateli v tom, že na žádném místě v žádném dokumentu není použití jiného řešení výslovně vyloučeno, a *contrario* bylo umožněno, leda by žalovaný zdůvodnil, proč má za to, že v konečném důsledku bylo fakticky vyloučeno.

[22] Ustanovení § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném v době výzvy k podání nabídek, stanovilo: *Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.*

[23] Citované ustanovení ve znění v době rozhodnutí žalovaného stanovilo: *Není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky či nemá-li sektorový zadavatel na zboží či službu, která je součástí veřejné zakázky, uzavřenou rámcovou smlouvu dle tohoto zákona, nesmí zadávací podmínky, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. V případě stavebních prací lze takový odkaz připustit, pouze pokud nepovede k neodůvodněnému omezení*

hospodářské soutěže. Zadavatel v takových případech vždy výslovně umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

[24] Co se týče druhé z uplatněných námitek, prochází v obecné rovně celou částí žaloby týkající se nezákonného postupu při vyměření sankce, kde stěžovatel vytýká žalovanému v rámci porušení zásady dvojího přičítání, že se při uložení pokuty nezabýval skutečným dopadem a závažností deliktního jednání. Je třeba připustit, že formulace této námítka je nejasná a není zřejmé, zda ji, tak jak je uvedeno v bodě 8 napadeného rozsudku, stěžovatel směřoval k samotnému naplnění jednoho ze znaků skutkové podstaty nebo k okolnostem majícím vliv na výši uložené sankce. Byť krajský soud tuto námitku odmítl, aniž by upřesnil, co jí stěžovatel zamýšlí, fakticky se k ní pouze v obecné rovině vyslovil v bodě 22 napadeného rozsudku v rámci hodnocení uložení pokuty, kde vysvětlil podstatu ohrožovacích deliktů a poukázal na to, že žalovaný správně hodnotil již jen potenciální možnost nabídky i jiných výrobků, což mohlo vést k úspore finančních prostředků z veřejných zdrojů.

[25] Jestliže v řízení před krajským soudem uplatnil stěžovatel námitky, s nimiž se krajský soud v odůvodnění rozsudku nevyočádal, je takový rozsudek nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. Nejvyšší správní soud nemůže sám zaujímat stanovisko k námitkám uplatněným před krajským soudem, které krajský soud odmítl jako opožděné, a dosud neprojednal, neboť by tak nahrazoval závěry krajského soudu a vyloučil by tímto postupem možnost bránit se takto formulovaným právním závěrům kasační stížností. Nejvyšší správní soud proto napadený rozsudek krajského soudu zrušil, aniž by se zabýval meritorním posouzením věci, tedy tím, zda předmět zakázky byl či nebyl specifický, zda odůvodňoval postup dle § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, a zda stěžovatel podmínky stanovené zákonem pro takový postup splnil, neboť takový postup je předčasný. Z uvedeného důvodu je proto bezpředmětné posuzovat nyní i zákonnost a výši uložené sankce. Krajský soud v dalším řízení se bude zabývat stěžovatelem uplatněnou námitkou stran aplikace § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách a posoudí její relevanci na zjištěný skutkový stav věci samé. Co se týče posouzení druhé krajským soudem při ústním jednání odmítnuté námítka, promítne krajský soud své úvahy ohledně závažnosti skutečného dopadu postupu stěžovatele vyjádřené dosud obecně ve vztahu k zákonnosti uložené pokuty, rovněž do odůvodnění samotného naplnění skutkové podstaty správního deliktu.

[26] Nejvyšší správní soud s přihlédnutím k uvedenému výše napadený rozsudek krajského soudu dle § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc mu vrací k dalšímu řízení; v něm je krajský soud vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 110 odst. 4 s. ř. s.). V novém řízení rozhodne krajský soud rovněž o nákladech řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

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

V Brně dne 16. září 2019

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu