



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 3. 12. 2019, č. j. 31 Af 10/2017 – 110,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**

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, 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. Tímto rozhodnutím byl stěžovatel 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 a § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, 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] Nejvyšší správní soud předesílá, že rozhoduje o kasační stížnosti stěžovatele opakovaně poté, kdy rozsudkem ze dne 16. 9. 2019, č. j. 5 As 329/2018 - 34, pro nepřezkoumatelnost zrušil předchozí rozsudek krajského soudu ze dne 26. 9. 2018, č. j. 31 Af 10/2017 – 61, kterým byla žaloba stěžovatele proti označenému rozhodnutí žalovaného zamítnuta. V řízení před krajským

soudem uplatnil totiž stěžovatel námitky, s nimiž se krajský soud v odůvodnění rozsudku nevypořádal, resp. je nesprávně odmítl bez meritorního posouzení jako opožděné. 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.

[3] V kasační stížnosti nyní stěžovatel namítá nezákonnost a nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku [§103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.]. Konkrétně uvádí, že respektuje závěry judikatury ohledně tzv. ohrožovacích deliktů v tom, že postačí pouhá potencialita ohrožení chráněného zájmu, nicméně tento závěr automaticky neznamená, že každý postup, který zdanlivě není v rozporu s právní úpravou, představuje porušení v intenzitě, která by z daného postupu měla naplnit materiální stránku deliktu. Stěžovatel je toho názoru že při aplikaci § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je třeba rozlišovat mezi porušením zákona (tedy nedodržením postupu podle tohoto zákona, jímž je porušení pravidla vyplývajícího z některého jeho ustanovení) na straně jedné a takovým porušením zákona, které zároveň ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky podstatným způsobem. Aby byl spáchán správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, musí dojít k porušení zákona, avšak samotné porušení zákona ještě nepostačuje k naplnění všech znaků tohoto správního deliktu. Stěžovatelovy úvahy v tomto směru vycházejí mj. z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 41/2010 - 72, resp. rozsudku téhož soudu č. j. 4 As 61/2016 - 34 (*pozn. NSS – správně mělo být uvedeno rozsudek Nejvyššího správního soudu, nikoli tébož- tedy krajského- soudu*).

[4] Stěžovatel je toho názoru, že i v případě ohrožovacích deliktů je potřeba v rámci jisté kvalifikované úvahy hodnotit a posuzovat míru potenciálních dopadů v rámci konkrétních skutkových zjištění šetřeného případu – konkrétního průběhu zadávacího řízení, a ne jen formalisticky presumovat naplnění skutkové podstaty s odkazem na potencialitu, bez přihlídnutí k tomu, že sama právní úprava v daném případě hovoří o podstatném ovlivnění, tedy implicitně počítá s tím, že správní orgán bude míru intenzity alespoň elementárně zkoumat, což se v daném případě dle názoru stěžovatele nestalo. Materiální stránku porušení zákona nelze dle stěžovatele směšovat s argumentem, že se v daném případě jedná o ohrožovací delikt; ta je totiž samostatným znakem dané skutkové podstaty správního deliktu, jak dovodil mimo jiné i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 4 As 61/2016 – 34 (*viz pozn.výše*): „*Absolutní přijetí konstrukce, že každé porušení ZVZ naplňuje znaky předmětného správního deliktu, protože by bylo možné dovést potencialní ohrožení výběru nabídky, by podle závěru soudu zcela změnilo charakter právní úpravy, neboť by znamenalo, že nejde o znaky dva, nýbrž pouze jeden, nadto by znemožnilo zkoumat naplnění materiální stránky správního deliktu. Takto však § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ konstruován není; rozdíl mezi „pouhým“ porušením ZVZ a kvalifikovaným porušením, jež po uzavření smlouvy dosahuje takové míry závažnosti, že se již jedná o správní delikt, plyne i z toho, že ke splnění druhého ze znaků správního deliktu nestačí možnost jakéhokoliv ovlivnění, nýbrž ovlivnění podstatného. Automatické přijetí konstrukce žalovaného založené na skutkové domněnce „určité existujících“ jiných dodavatelů je proto nepřijatelné.“ Dle stěžovatele intenzita vytýkaného jednání zcela zjevně není taková, že zakládala podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nebo možnost (potentialitu) podstatného ovlivnění.*

[5] Stěžovatel upozorňuje, že zadávací řízení bylo realizováno v tzv. dvoufázovém formátu v podobě užšího řízení a namítané pochybení je jednoznačně izolováno až ve fázi podávání nabídek subjekty, které podaly úspěšnou žádost o účast, která byla zadavatelem řádně posouzena. Subjekty mající zájem o účast v rámci zadávacího řízení byly seznámeny s obecným předmětem plnění a své žádosti o účast podávaly na základě kvalifikační dokumentace, kde vytýkané pochybení – označení konkrétních výrobků (byť v dobré víře zadavatele z důvodů funkčně architektonických, jak již mnohokrát uvedl v rámci svých podání) nebylo přítomno, tedy

pokračování

nemohlo nijak ovlivnit hospodářskou soutěž (rozhodnutí dodavatele, zda se bude soutěže účastnit), natož podstatně, jak požadovala tehdy účinná právní úprava. Nelze proto dle stěžovatele hovořit o podstatném narušení hospodářské soutěže či podstatném vlivu na výběr nejvýhodnější nabídky, když v rámci této fáze zadávacího řízení podaly nabídku všechny subjekty, které prokázaly kvalifikaci a vyjádřily svůj zájem soutěžit na základě podkladů kvalifikační dokumentace.

[6] Znakem možného podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v důsledku postupu stěžovatele se však žalovaný ani krajský soud nezabývali, a když, tak jenom zcela povrchně a formalisticky, což vedlo k nepřezkoumatelnosti jak rozhodnutí o rozkladu, tak i napadeného rozsudku.

[7] Stěžovatel namítá, že vznášel v rámci jednání námitku ohledně právní úpravy § 44 odst. 11 zákona účinné v době zahájení zadávacího řízení; trvá na svých tvrzeních, že předmět veřejné zakázky byl v namítaných místech natolik specifický, že opravňoval zadavatele k užití konkrétních odkazů a že tyto byly uvedeny jen pro nastínění požadovaného esteticky funkčního efektu a zadavatel plně v souladu s tehdejší právní úpravou, která nepožadovala výslovné uvedení umožnění obdobného řešení; toto obdobné řešení akceptoval, resp. byl připraven akceptovat. Jen z důvodu, že všichni oprávnění potenciální dodavatelé využili svým způsobem usnadnění v podobě nabídky navrhovaného řešení, zadavatel nemusel připuštění ekvivalentního provedení v zadávacím řízení řešit, což mu nemůže být přičítáno k tíži, neb soutěž všech dodavatelů proběhla a nebyla nijak omezena marginálními položkami, které jsou dle napadeného rozhodnutí nesprávně označovány za povinné a jediné možné bez uvedení byť jednoho důkazu.

[8] Stěžovatel rovněž nesouhlasí se způsobem, jak krajský soud vypořádal námitku změny právní úpravy § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách, konkrétně přidáním slova „výslovně“ k povinnosti připustit ekvivalentní řešení. Zadavatel je v rámci § 6 zákona o veřejných zakázkách vázán v rámci zadávacích řízení základními principy, které jsou pojmenovány vesměs obecně. Je to právě zhmotnění principu zákazu diskriminace případně nerovného zacházení, které je doplněním slova „výslovně“ do zmíněného ustanovení sledováno. Zadavatel v rámci původně účinného ustanovení vykládal jeho povinnost připustit ekvivalentní řešení právě s odkazem na § 6 zákona. Až následná změna pak závazně nutí zadavatele přímo do zadávací dokumentace uvádět, že bude akceptováno jiné řešení a stěžovatel toto vidí jako oprávněný ústupek dodavatelům, kteří nejsou v zadávacích řízeních natolik zběhlí, aby posuzovali a extenzivně vykládali zákon, ale aby jim co nejvíc stačilo znění zadávací dokumentace k tomu, aby v zadávacích řízeních byli úspěšní.

[9] Dle stěžovatele nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku spočívá v nesprávném procesním postupu soudu, který se v rámci napadeného rozhodnutí v rozporu se závazným názorem NSS nevypořádal s argumentací stěžovatele prakticky o nic více, než ve svém prvním rozhodnutí (zrušeném rozsudkem č. j. 5 As 329/2018 – 34, ze dne 16. 9. 2019). Dle názoru stěžovatele pouze zopakoval své dřívější závěry a nijak se například nevypořádal s argumentem týkajícím se materiální stránky deliktu (tedy „podstatnosti“ ovlivnění či potenciálního ovlivnění), která vycházela zejména z výše citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 4 As 61/2016 - 34.

[10] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že se napadeným rozsudkem zcela ztotožňuje; rozsudek považuje za správný a vydaný v souladu s právními předpisy. Žalovaný je přesvědčen, že napadený rozsudek netrpí ani vadami, k nimž by byl NSS povinen přihlédnout z úřední povinnosti; navrhuje proto kasační stížnost jako nedůvodnou zamítnout.

[11] Co se týče materiální stránky správního deliktu, žalovaný uvádí, že z bodu 74 odůvodnění rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-S0168/2016/VZ-19337/2016/543/JWe, ze dne 5. 5. 2016, vyplývá, že pokud by stěžovatel postupoval v souladu se zákonem, mohl se vybraným uchazečem stát dodavatel, který by stěžovateli nabídl alternativní, cenově výhodnější výrobky, a nemuselo by tak dojít k vynaložení takového objemu veřejných finančních zdrojů, jak tomu bylo v šetřeném případě, kdy stěžovatel postupoval v rozporu se zákonem. V bodě 85 odůvodnění správního rozhodnutí je konstatováno, že „[n]ezákonným postupem zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky mohlo dojít ke bezdůvodnému omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Zadavatel tak narušil soutěžní prostředí, které má být zárukou co nejbospodárnějšího vynakládání veřejných finančních prostředků. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru“. V daném případě je z odůvodnění rozhodnutí, resp. ze skutečností (které krajský soud rovněž akcentoval v napadeném rozsudku) evidentní, že žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí i předseda žalovaného v druhostupňovém rozhodnutí učinili 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. S ohledem na výše uvedené je tedy zřejmé, že s ohledem na potencialitu podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nepochybně byla naplněna skutková podstata správního deliktu ze strany stěžovatele. Skutečnost, že se krajský soud v daném případě ztotožnil se závěrem žalovaného, že byla splněna podmínka podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky, vyplývá nejen z odůvodnění napadeného rozsudku jako celku, ale je zcela explicitně zachycena v bodě 34 napadeného rozsudku. Neobstojí tak argument stěžovatele, že intenzita vytýkaného jednání zcela zjevně není taková, že by mohla založit podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky či potencialitu podstatného ovlivnění. Z těchto důvodů tak nelze přisvědčit ani jeho tvrzení, že se žalovaný a krajský soud zabývali materiální stránkou správního deliktu „jenom zcela povrchně a formalisticky“.

[12] Žalovaný poukazuje na to, že stěžovatel v kasační stížnosti opírá svou argumentaci o citaci z rozsudku NSS č. j. 4 As 61/2016 - 34; v této souvislosti považuje za nutné poukázat na to, že předmětná citace: „Absolutní přijetí konstrukce, že každé porušení ZVZ naplňuje znaky předmětného správního deliktu, protože by bylo možné dovést potencionální obrožení výběru nabídky, by podle závěru soudu zcela změnilo charakter právní úpravy, neboť by znamenalo, že nejde o znaky dva, nýbrž pouze jeden, nadto by znemožnilo zkoumat naplnění materiální stránky správního deliktu. Takto však § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ konstruován není; rozdíl mezi „pouhým“ porušením ZVZ a kvalifikovaným porušením, jež po uzavření smlouvy dosahuje takové míry závažnosti, že se již jedná o správní delikt, plyne i z toho, že ke splnění druhého ze znaků správního deliktu nestačí možnost jakéhokoliv ovlivnění, nýbrž ovlivnění podstatného. Automatické přijetí konstrukce žalovaného založené na skutkové domněnce „určitě existujících“ jiných dodavatelů je proto nepřijatelné“, není citací z rozsudku NSS č. j. 4 As 61/2016 – 34, ze dne 28. 6. 2016, jak nesprávně uvádí stěžovatel, nýbrž se jedná o citaci z rozsudku krajského soudu ze dne 9. 3. 2016, č. j. 62 Af 9/2015 – 79, který však byl zrušen právě rozsudkem NSS č. j. 4 As 61/2016 – 34, ze dne 28. 6. 2016. NSS v tomto stěžovatelem „odkazovaném“ rozsudku „řešil“ otázku (ne)naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v případě zkrácení doby, v níž mají dodavatelé předložit příslušné reference, přičemž dospěl k závěru, že takové zkrácení obecně dokládá naplnění znaků skutkové podstaty předmětného správního deliktu. Odkaz stěžovatele na rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 9/2015 – 79, ze dne 9. 3. 2016 je tudíž se zřetelem na tyto skutečnosti zcela nepřiléhavý, stejně jako obdobný stěžovatelův odkaz na rozsudek krajského soudu sp. zn. 62 Af 41/2010, ze dne 7. 10. 2011.

[13] Dle žalovaného se krajský soud v napadeném rozsudku dostatečným způsobem vypořádal jak s námitkami, kterými se věcně nezabýval v původním rozsudku, tak i s meritorním posouzením daného případu. Na zákonnosti, resp. přezkoumatelnosti, napadeného rozsudku tak nemůže nic změnit to, že krajský soud zčásti – slovy stěžovatele – „zopakoval“ své dřívější závěry

pokračování

(zcela souladné se zákonem) učiněné v původním rozsudku, které nebyly rozporovány ani ze strany NSS.

[14] Nejvyšší správní soud po konstatování včasnosti kasační stížnosti, jakož i splnění ostatních podmínek řízení, posoudil kasační stížnost v rozsahu a z důvodů, které stěžovatel v kasační stížnosti uplatnil, současně přihlížel k tomu, zda napadený rozsudek krajského soudu netrpí vadami, k nimž by byl Nejvyšší správní soud povinen přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[15] Jak již výše Nejvyšší správní soud předeslal, jedná se o opakovanou kasační stížnost proti rozsudku krajského soudu, který byl vydán poté, kdy předchozí rozsudek byl ke kasační stížnosti stěžovatele Nejvyšším správním soudem zrušen. Nejvyšší správní soud se v předchozím řízení nezabýval 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; důvodem zrušení byla nepřezkoumatelnost rozsudku, neboť se krajský soud nevypořádal se všemi uplatněnými námitkami, resp. nesprávně vyhodnotil a odmítl námitky stěžovatelem uplatněné jakožto opožděné. Krajský soud byl proto zavázán v dalším řízení k tomu, aby se věcně zabýval uplatněnou námitkou stran aplikace § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách (před a po novelizaci zákona) a posoudil její relevanci na zjištěný skutkový stav věci samé. Co se týče posouzení druhé krajským soudem při ústním jednání odmítnuté námitky, měl krajský soud posoudit otázku závažnosti skutečného dopadu postupu stěžovatele ve vztahu k naplnění skutkové podstaty správního deliktu.

[16] Nejvyšší správní soud v usnesení rozšířeného senátu ze dne 22. 3. 2011, č. j. 1 As 79/2009 – 165, konstatoval: „*Opakovaná kasační stížnost, v níž stěžovatel vznesl pouze námitky, které mohl uplatnit již v předešlé kasační stížnosti, je podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. nepřipustná. Ze zákazu opakované kasační stížnosti platí výjimky pro případy, kdy Nejvyšší správní soud zrušil rozhodnutí soudu pro procesní pochybení, nedostatečně zjištěný skutkový stav, případně nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí. Posouzení toho, které námitky mohl stěžovatel uplatnit již v předešlé kasační stížnosti, závisí na konkrétních okolnostech případu.*“ V intencích uvedeného usnesení posoudil Nejvyšší správní soud kasační stížnost stěžovatele jako přípustnou.

[17] Kasační stížnost není důvodná.

[18] Stěžovatel namítá, že se žalovaný ani krajský soud dostatečně nezabývali znakem možného podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v důsledku postupu stěžovatele, dále zpochybňuje způsob, jakým krajský soud v napadeném rozsudku vyřešil otázku změny právní úpravy dle § 44 odst. 11 zákona o veřejných zakázkách. Dle stěžovatele se krajský soud v napadeném rozsudku neřídil závazným právním názorem NSS učiněným v rozsudku sp. zn. 5 As 329/2018, ze dne 16. 9. 2019, neboť se dostatečně nevypořádal s argumentací stěžovatele uplatněnou před krajským soudem o nic více, než ve svém původním rozsudku č. j. 31 Af 10/2017 - 61, ze dne 26. 9. 2018.

[19] Ze spisu vyplynuly následující pro věc podstatné skutečnosti. Stěžovatel v rámci posuzované veřejné zakázky použil ve výkazu výměr odkazy na konkrétní výrobky 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.

[20] 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.*“

[21] Nejvyšší správní soud shodně s krajským soudem konstatuje, že z citovaného ustanovení je patrné, že obsahuje více právních pravidel. Z první věty plyne především obecné pravidlo, že zadávací dokumentace zásadně nesmí obsahovat mimo jiné požadavky nebo odkazy na specifická označení zboží. Zároveň je již v první větě obsažena výjimka z tohoto pravidla, a sice je-li použití takového odkazu odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Ve větě druhé je taktéž obsažena podmínka pro uplatnění výjimky z uvedeného obecného pravidla; konkrétně, že popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 není dostatečně přesný a srozumitelný. Věta třetí § 44 odst. 11 zákona ve znění účinném v době výzvy k podání nabídek pak představovala zcela samostatnou povinnost, jejíž splnění je na místě posuzovat pouze v případě, že jsou dány zákonné předpoklady pro použití odkazu na příznačné označení. Nejedná se o žádnou třetí výjimku z uvedeného obecného zákazu (srov. též např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 8. 2011, č. j. 62 Af 30/2010 - 53, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 9 Afs 30/2010 - 182).

[22] Z § 44 odst. 3 písm. b) a § 45 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že technické podmínky musejí být odůvodněny předmětem veřejné zakázky a stanoveny jednoznačně, objektivně a způsobem vyjadřujícím účel použití. Musí se jednat o parametry vyžadované odůvodněnou potřebou zadavatele, tj. parametry objektivně zdůvodnitelné. S tím souvisí i přímý zákaz (§ 45 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách) stanovit technické podmínky tak, aby určitým dodavatelům zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Zákaz zvýhodňovat určité dodavatele (potažmo výrobky) je projevem zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), které taktéž zásadním způsobem limitují zadavatele při vymezení technických podmínek.

[23] Dle stěžovatele odkaz na konkrétní výrobky (tj. specifická označení zboží) byl odůvodněn specifickým předmětem veřejné zakázky; měl proto za splněnou podmínku dle § 44 odst. 11 věta první zákona o veřejných zakázkách, pro uplatnění výjimky z obecného zákazu použití odkazu na specifická označení zboží. Nejvyšší správní soud, shodně s krajským soudem, neshledal žádnou překážku pro to, aby byly 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.). Jakkoli předmět veřejné zakázky byl specifický a z architektonického hlediska mohl odůvodňovat použití atypických prvků určitých rozměrů a určitých vlastností, neodůvodňovalo to ještě samo o sobě nutnost použití konkrétních výrobků konkrétního výrobce. Z architektonického hlediska je totiž zcela lhostejné, který výrobce požadované atypické prvky dodá; skutečnost, že některé atypické prvky vyrábí pouze určitý konkrétní výrobce, nebrání ještě tomu tyto prvky popsat obecně. Stěžovatel tedy mohl výrobky popsat pomocí obecných charakteristik, jakými jsou rozměry

pokračování

nebo fyzikální a mechanické vlastnosti – tj. uvedení výšky, šířky, délky, průměru, tvaru, barvy, povrchových vlastností, použitého materiálu, účelu apod. Popis výrobků objektivně mohl být dostatečně přesný a srozumitelný.

[24] Nejvyšší správní soud zcela přisvědčil závěru krajského soudu, že použitím odkazů na konkrétní výrobky stěžovatel omezil okruh výrobků, které mohli účastníci zadávacího řízení nabízet; krajský soud rovněž zcela případně podotkl, že i kdyby skutečně aktuálně žádný jiný výrobce tyto prvky mobiliáře s požadovanými rozměry a vlastnostmi nevyrobil (čímž si nemohl být zadavatel při tvorbě zadávací dokumentace jist), bylo by možné takové prvky vyrobit individuálně, ať již samotnými účastníky zadávacího řízení či jejich subdodavateli.

[25] Závěr žalovaného, který aproboval rovněž krajský soud, že stěžovatel porušil zákaz odkazu na příznačná označení zakotvený v § 44 odst. 11 větě první zákona o veřejných zakázkách, dle Nejvyššího správního soudu má oporu v zákoně, jakož i v řádně zjištěném skutkovém stavu.

[26] Stěžovateli nelze přisvědčit ani v námitce nedostatečného posouzení dopadu novelizace provedené zákonem č. 55/2012 Sb., resp. toho, že zákon o veřejných zakázkách před novelou nepožadoval výslovně uvedení možnosti použití porovnatelných materiálů. Krajský soud v bodech 29 – 33 napadeného rozsudku zcela srozumitelně a podrobně vysvětlil, že vložení slova „výslovně“ provedené novelou č. 55/2012 Sb. žádnou faktickou změnu pravidla obsaženého do té doby v § 44 odst. 11 větě třetí zákona o veřejných zakázkách (po účinnosti novely pak ve větě čtvrté) nepřineslo. Zdůraznil, že nabídka musí být vždy v souladu se zadávací dokumentací a každý uchazeč je postaven před volbu, zda zadávací podmínky zcela splní, nebo proti nim uplatní námitky podle § 110 a násl. zákona o veřejných zakázkách; musí přitom počítat s tím, že podání nabídky v rozporu se zadávacími podmínkami (i kdyby rozpor měl spočívat pouze v tom, že nabídne výrobek jiného výrobce, byť se shodnými vlastnostmi), zásadně vede ze zákona k vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče (viz § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Jestliže zadavatel odkazuje na konkrétní výrobek konkrétního výrobce, fakticky nepřipouští dodání výrobku jiného. To, že muselo být i před novelizací č. 55/2012 Sb. umožnění použití jiného řešení výslovně, potvrzuje jak čl. 23 odst. 8 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, podle kterého musel být takový odkaz doprovázen slovy „nebo rovnocenný“, tak dřívější judikatura Soudního dvora Evropské unie (viz např. rozsudek ve věci C-359/93, *Komise proti Nizozemsku*, ECLI:EU:C:1995:14, nebo usnesení ve věci C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, ECLI:EU:C:2001:654, v němž takový požadavek Soudní dvůr dokonce dovedl přímo z primárního unijního práva, konkrétně ze svobody volného pohybu zboží). Nejvyšší správní soud shodně s krajským soudem dospěl k závěru, že novelizací § 44 odst. 11 provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. došlo pouze k formulačnímu zpřesnění již dříve platného pravidla.

[27] Tvrzení stěžovatele, že pokud jiné řešení explicitně nevyloučil, pak to *a contrario* znamená, že takové řešení umožnil, nemůže obstát, a to již z pohledu obecné logiky. V první řadě je třeba znát, jakým způsobem zadavatel stanovil technické podmínky. Primární otázkou totiž byla povaha předmětu veřejné zakázky, resp. zda předmět veřejné zakázky umožňoval stěžovateli použít v souladu se zákonem odkaz na konkrétní výrobky, a až sekundárně šlo o problematiku (ne)možnosti použití alternativního řešení, nikoli tedy o to, jakým způsobem byl takový odkaz učiněn. Pouze skutečnost, že zadavatel výslovně nevyloučil použití jiného řešení, neznamená, že použití jiného řešení umožnil. Naopak, uvedení požadavku na dodávku výrobků ve výkazu výměr s užitím odkazu na konkrétní výrobky konkrétního výrobce *de facto* znamená vyloučení možnosti dodání jiných výrobků, není-li výslovně uveden opak. Z obecného hlediska nelze v zadávacím řízení, které je vedeno mj. zásadou transparentnosti, přijmout tezi, že pokud

má zadavatel povinnost něco umožnit, tak tuto povinnost splní již tím, že nikde tuto povinnost výslovně nevyloučí (vlastně ji nikde nestanoví). Zadávací podmínky nesmí být zadavatelem stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo či nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Tento zákonný požadavek je konkrétním projevem zásad ovládajících zadávání veřejných zakázek, především zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tvrzení stěžovatele, že umožnil použití jiného řešení s ohledem na fakt, že jej nikde nevyloučil, nelze přisvědčit ani s ohledem na znění základních zásad zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[28] Nejvyšší správní soud konstatuje, že ve svém zrušujícím rozsudku k této otázce nevyslovil opačný závazný právní názor, jak se mylně domnívá stěžovatel. Nelze mu proto přisvědčit, že se krajský soud neřídil závazným právním názorem vysloveným v rozsudku NSS sp. zn. 5 As 329/2018. Jak již bylo uvedeno výše, Nejvyšší správní soud ve věci samé žádný závazný právní názor nevyslovil, neboť rozsudek krajského soudu zrušil pro nepřezkoumatelnost, a to z důvodu nevypořádání veškerých žalobních námitek; fakt, že na žádném místě v žádném dokumentu není použití jiného řešení výslovně vyloučeno, zde Nejvyšší správní soud pouze konstatoval, a to v návaznosti na posouzení povahy a relevanci vznesených žalobních námitek, které krajský soud vyhodnotil jako nepřijatelné pro opožděnost. Právní hodnocení tohoto faktu (tj. skutkového zjištění) však již bylo ponecháno na krajském soudu (viz bod 25 uvedeného rozsudku).

[29] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stran (ne)splnění podmínky podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky. Krajský soud se s ní vypořádal přezkoumatelným způsobem v bodě 34 rozsudku; poukázal na to, že posuzovaný delikt je deliktem ohrožovacím, přičemž při spáchání ohrožovacího deliktu nemusí dojít ke konkrétním následkům (tj. narušení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě vyloučení konkrétního dodavatele ze soutěže), nýbrž postačí potencialita takových následků (tj. ohrožení zákonem chráněného zájmu, např. v podobě možnosti, že některý z dodavatelů by mohl nabídnout výrobky jiné, a to i za výhodnějších podmínek).

[30] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. V případě ohrožovacích deliktů logicky nelze hodnotit konkrétnější skutečnosti, než právě onu potencialitu, která mohla nastat. V tomto případě žalovaný označil za onu potencialitu to, že zájemci mohli nabídnout i jiné výrobky, což mohlo vést k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. S tímto závěrem, který aproboval i krajský soud, se Nejvyšší správní soud ztotožňuje. Žalovaný řádně posoudil splnění podmínky možného podstatného dopadu na výběr nejvhodnější nabídky a toto posouzení odpovídá rovněž požadavkům judikatury Nejvyššího správního soudu (viz rozsudky ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, a ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 - 34). Krajský soud zcela případně dodal, že možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nelze vyloučit pouhým poukazem na to, že pochybení se týká menší části zakázky. Ovlivnění v důsledku požadování konkrétních výrobků konkrétního výrobce Nejvyšší správní soud přitom nepovažuje za marginální. Cituje-li pak stěžovatel na podporu svých tvrzení části textu z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 - 34, je třeba jej odkázat na celý text daného rozsudku (nikoli pouze na část rekapitulační, v níž je shrnut právní názor krajského soudu, který byl však posléze Nejvyšším správním soudem korigován, resp. vyvrácen).

[31] Nejvyšší správní soud neshledal kasační námitky stěžovatele důvodné. Krajský soud se řádně a přezkoumatelným způsobem vypořádal s námitkami, které stěžovatel v žalobě uplatnil,

pokračování

vycházel z dostatečně zjištěného skutkového stavu, který má oporu ve spise, přičemž věc posoudil v souladu se zákonem, jakož i relevantní judikaturou správních soudů. Kasační stížnost proto jako nedůvodnou dle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl.

[32] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s.; žalovanému, kterému by dle pravidla úspěchu náhrada nákladů řízení náležela, žádné náklady nad rámec jeho správní činnosti nevznikly, proto mu soud náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznal.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 24. května 2021

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu