



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **Královéhradecký kraj**, se sídlem Hradec Králové, Pivovarské náměstí 1245/2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Erste Group Immorent ČR s.r.o.**, se sídlem Praha 1, Národní 973/41, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8.12.2009,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8.12.2009 **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** uhradit žalobci náklady řízení ve výši 2 000,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R42,43/2009/VZ-15578/2009/310-ASc ze dne 8.12.2009, kterým byl zamítnut mimo jiné i rozklad podaný žalobcem a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S1/2009/VZ-2133/2009/540/VKu ze dne 19.2.2009.

I. Podstata věci

Žalobce coby zadavatel uzavřel dne 14.1.2004 (za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, dále jen „první ZVZ“) nájemní (leasingovou) smlouvu s osobou zúčastněnou na řízení. K ní byly následně uzavírány dodatky; dodatkem č. 8 ze dne 4.7.2007 (za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, dále jen „ZVZ“) uzavřeným v jednacím řízení bez uveřejnění byl předmět leasingu doplněn o atypické vybavení podle přílohy č. 1 k tomuto dodatku – jednalo se o mobilní a vestavěný atypický nábytek a výrobky.

Žalovaný dospěl k závěru, že původní veřejná zakázka byla veřejnou zakázkou na stavební práce, neboť její podstatou byla přestavba nemovitostí podle zadávací dokumentace. Podle dodatku č. 6 k původní smlouvě ze dne 20.5.2007 činily celkové investiční náklady 1 071 298 826,- Kč bez DPH, z čehož na pořízení pozemku a stávajících nemovitostí připadla částka 115 000 000,- Kč bez DPH, na stavební a vedlejší náklady částka 908 565 929,- Kč bez DPH a na mezifinancování částka 47 732 897,- Kč bez DPH. V původním vymezení veřejné zakázky nebyl podle žalovaného vůbec zahrnut nábytek, jehož se týkal dodatek č. 8 ke smlouvě, a tedy dodatkem č. 8 ke smlouvě nedošlo k rozšíření stávajícího rozsahu původní dodávky ani k částečnému nahrazení původní dodávky, a proto se nejednalo o rozšíření původní veřejné zakázky.

Podle žalovaného se tak žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když veřejnou zakázku „Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky podle § 23 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Žalobci byla uložena pokuta ve výši 800 000,- Kč.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce zpochybňuje závěr žalovaného, že původní veřejná zakázka byla veřejnou zakázkou na stavební práce. První ZVZ, za jehož účinnosti byla zakázka zadávána, nerozlišoval jednotlivé typy zakázek, navazující právní úpravy, tedy i ZVZ v § 7, považují za veřejnou zakázku na dodávky takovou veřejnou zakázku, jejímž předmětem plnění je koupě věcí movitých i nemovitých („zboží“), včetně koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě. Veřejnou zakázkou na dodávky je i taková zakázka, jejímž předmětem je, kromě dodání zboží, také jeho montáž a uvedení do provozu. V právě posuzované věci se jednalo o dodávku, nikoli stavební práce, neboť klíčovým plněním bylo pořízení administrativního centra kraje. Jestliže žalovaný svůj závěr opřel o vyčíslení investičních nákladů na pořízení administrativního centra, pak cenu stavebních a dalších pořizovacích nákladů je nutno posuzovat z důvodu stanovení ceny pořizované

nemovitosti a podkladu pro výpočet jednotlivých leasingových splátek, které mají být hrazeny tak, aby po provedení úhrad byla nemovitost převedena do vlastnictví žalobce za zůstatkovou kupní cenu. Cenu pořízení nemovitosti formou úhrad jednotlivých splátek coby dodávku je třeba poměřovat s cenou za poskytnuté finanční služby po dobu trvání leasingové smlouvy; cena za dodávku přesahovala cenu za finanční služby a zakázka tak zůstává veřejnou zakázkou na dodávky.

Žalobce dále vysvětluje svůj postup, zdůrazňuje, že nemovitost, jež by mohla žalobci sloužit pro vybudování administrativního centra, na území Hradce Králové k dispozici nebyla. Uchazeči s ohledem na vymezení zakázky mohli předložit nabídku na výstavbu nového sídla nebo přestavbu některého z objektů, které k dispozici v té doby byly. Plnění mělo být poskytnuto tak, aby nemovitost splňovala veškeré stavebně technické požadavky. Dle zadávací dokumentace nebyla dodávka nemovitosti vázána na pořízení kancelářského nábytku. Typizovaný nábytek pořídil žalobce v samostatném otevřeném zadávacím řízení. Podle žalobce nelze pod „vybavení kancelářským nábytkem“ podřadit pořízení a instalaci vybavení víceúčelového sálu, stravovacích zařízení, podatelny, copycentra, pokladny, recepce, infocentra, prostor ostrahy, obklady stěn, vestavěné skříně, kuchyňských sestav včetně připojení spotřebičů, přívodu vody a odpadů, žaluzií, specifického osvětlení, umístění grafického polepu, zajištění archeologických nálezů a jejich konzervace, položení dřevěné podlahy v galerii a dokončení osvětlení podle návrhů architekta. Dodavatelem tohoto atypického vybavení mohl být zhotovitel díla vzhledem ke stavebně technickým zásahům do díla; ten také odpovídá za dodržení záruky na celé dílo.

Dodatečná veřejná zakázka byla tedy podle žalobní argumentace částečným nahrazením a rozšířením dodávky a podmínky použití jednacního řízení bez uveřejnění byly splněny.

Žalobce rovněž namítá, že žalovaný při stanovení výše pokuty nepřihlédl „ke všem konkrétním situacím a podmínkám“, které žalobce k použití jednacního řízení bez uveřejnění vedly, a v odůvodnění rozhodnutí neuvedl k uložené výši pokuty svoji konkrétní úvahu.

Žalobce na základě shora uvedeného navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit.

Žalobce pro případ, že by nebyly shledány důvody ke zrušení napadeného rozhodnutí, uplatňuje moderační návrh; požaduje snížení pokuty na částku odpovídající 0,5% z celkové ceny zakázky bez DPH.

Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejším soudem.

Žalovaný setrvává na závěrech, které uvedl v napadeném rozhodnutí, na něž odkazuje, a důvodnost žaloby popírá. Podle žalovaného bylo hlavním účelem původní veřejné zakázky provedení stavebních prací, neboť právě stavební náklady spolu s

„vedlejšími náklady“ tvoří podstatnou část celkových investičních nákladů. Nelze hovořit o rozšíření, případně částečné náhradě původní dodávky ve vztahu k interiérovému vybavení, pokud nábytek nebyl v původní zakázce vůbec zahrnut. Pokud měl být nábytek součástí stavby, pak mělo být jeho dodání součástí původní veřejné zakázky.

Dále žalovaný zdůrazňuje, že dodání nábytku nebylo podmínkou kolaudace stavby, dodání vnitřního vybavení se netýkala ani nabídka vybraného uchazeče a neobstojí argumentace, že požadavek dodávek atypického nábytku mohl splnit pouze omezený počet dodavatelů. Požadavky architekta dopadají pouze na marginální část plnění.

Žalovaný navrhuje, aby žaloba byla zamítnuta.

I žalovaný na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní ve znění pozdějších předpisů – dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Žalobce postupoval tak, že dodatek č. 8 ze dne 4.7.2007 k původní smlouvě uzavíral v režimu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, nepopírá to ani nyní v žalobě. Žalovaný dovodil, že takto postupovat nemohl.

Podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ lze v jednacím řízení bez uveřejnění veřejnou zakázku na dodávky zadat, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.

Použití tohoto ustanovení je tedy vázáno na kumulativní splnění následujících pěti podmínek:

1. Musí se jednat o plnění, které je dodávkou.
2. Musí jít o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena předchozí smlouva.
3. Tyto dodatečné dodávky musí představovat částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky (podle původní smlouvy).
4. Musí se jednat o dodávky, u nichž by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky.
5. Celková doba trvání původní smlouvy a pozdější smlouvy uzavřené podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, ledaže by to bylo odůvodněno zvláštními okolnostmi (to, že je žalobce zadavatelem veřejným, žalobce nezpochybňuje).

Podle § 8 odst. 1 ZVZ je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen „zboží“), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing). Podle § 8 odst. 2 ZVZ je veřejnou zakázkou na dodávky rovněž veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě pořízení zboží podle § 8 odst. 1 ZVZ rovněž poskytnutí služeb nebo stavebních prací spočívajících v umístění, montáži či uvedení takového zboží do provozu, nejedná-li se o zhotovení stavby, pokud tyto činnosti nejsou základním účelem veřejné zakázky, avšak jsou nezbytné ke splnění veřejné zakázky na dodávky.

Předmětem dodatku č. 8 ze dne 4.7.2007 bylo dodání nábytku a jeho umístění (instalace); jednalo se o atypický nábytek a související prvky mobilní i vestavěné. Jednalo se tedy o dodávku. První ze shora uvedených podmínek je splněna a má tedy smysl o aplikaci § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ uvažovat.

Ze zjištěných skutečností je nesporné, že dodatek č. 8 ze dne 4.7.2007 byl uzavřen s tímž dodavatelem, s nímž byla uzavřena původní smlouva. I druhá z obou shora uvedených podmínek je splněna.

Sporu je ohledně třetí ze shora uvedených podmínek, tj. zda tyto dodatečné dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky.

Za částečnou náhradu původní dodávky lze považovat takové plnění, které je po stránce věcné částečným substitutem plnění, jež bylo původně zadavatelem poptáváno.

Musí se tedy jednat svým charakterem o plnění stejného určení; musí jít o plnění, které z pohledu zadavatele co do výsledku srovnatelným způsobem uspokojuje jeho původní poptávku. Podstatou „náhrady“ je, že se část původního plnění zamění za plnění vykazující odlišné specifikace, byť nadále směřuje k uspokojení původního zadavatelova požadavku, tedy v důsledku této „náhrady“ se původní plnění nemůže stát plněním svým charakterem jiným, a to ani z některé jeho části.

Pod rozšíření stávajícího rozsahu dodávky lze podřadit takové plnění, které je věcně týměž plněním, jaké bylo zadavatelem původně poptáváno, pouze se zvyšuje jeho rozsah – tj. množství.

Požadavkem na náhradu původní dodávky nebo na rozšíření stávajícího rozsahu dodávky uplatnitelným v režimu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ nemůže být tedy požadavek zadavatele na poskytnutí plnění, jež původní plnění věcně přesahuje; v takovém případě by totiž nešlo o „nahrazení“ ani o „rozšíření stávajícího rozsahu“.

Původním plněním, na které byla uzavřena původní smlouva, bylo „*pořízení budovy, případně souhrnu budov včetně pozemku, případně pozemků, na kterých je budova (budovy) umístěna, společně s pozemky pro umístění parkovacích míst...*“. Předmětem původní veřejné zakázky tedy bylo pořízení nemovitostí, které by sloužily jako administrativní centrum. Podstatou původně uzavřené smlouvy – „*nájemní (leasingové) smlouvy*“ ze dne 14.1.2004 – bylo zhotovení přestavby nemovitostí podle požadavků zadavatele, které byly uvedeny v původních zadávacích podmínkách. Přestože tedy žalobce zvolil formu leasingu takto přestavěné nemovitosti, podstata plnění spočívala v provedení stavebních prací, čemuž také odpovídal poměr nákladů na tyto práce ve vztahu k celkovým nákladům celé akce. Vzhledem k tomu, že pro žalobce bylo plněno dlouhodobě, mohly vznikat dodatečné požadavky žalobce na způsob provedení plnění, což odpovídá potřebě uzavírat k původní smlouvě dodatky (otázka jiných dodatků k původní smlouvě tu není předmětem nyní posuzované věci). V jednom z dodatků (dodatek č. 6 ze dne 20.5.2007) jsou celkové náklady celé akce vyčíslovány ve výši 1 071 298 526,- Kč bez DPH, přitom stavební a s nimi související náklady byly vyčíslovány ve výši 908 565 929,- Kč. Tuto skutečnost vzal žalovaný za základ své úvahy ohledně charakteru původního plnění a dovedl, že podstatou plnění bylo provedení stavebních prací.

Jestliže především o tato zjištění opřel žalovaný svůj závěr, že se svojí podstatou jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce, pak jde o postup a závěr, s nimiž se zdejší soud ztotožňuje. Bez ohledu na to, že mezi žalobcem a dodavatelem byla uzavřena nájemní (leasingová) smlouva, převažujícím plněním bylo právě provedení stavebních prací. Přestože žalobce nyní argumentuje tak, že uchazeči ve vztahu k původně poptávanému plnění mohli předložit nabídku na výstavbu nového sídla nebo přestavbu některého z objektů, které k dispozici na území Hradce Králové v té době byly k dispozici, musely být pro zajištění žalobcova požadavku prováděny stavební práce – ať už spočívající ve výstavbě nového objektu nebo v přestavbě objektu stávajícího. Sám žalobce v žalobě uvádí, že odpovídající nemovitost v rámci v úvahu přicházejícího území k dispozici nebyla, a tedy ani žalobce sám nemohl při

zadávaní původní veřejné zakázky předpokládat, že plnění v jeho prospěch bude realizováno tak, že dodavatel „nalezne“ odpovídající nemovitost a žalobci ji prodá. Formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. Forma, jakou na žalobce mělo přejít vlastnické právo k odpovídající nemovitosti, resp. typ smlouvy, která byla sjednána, nemůže být použitelným argumentem, a tedy ani fakt, že se tak mělo stát po uplynutí doby nájmu (leasingu) za zůstatkovou kupní cenu, nečiní z plnění, které bylo podle původní smlouvy ve prospěch žalobce uskutečňováno, plnění jiné, než stavební práce.

Jestliže tedy žalobce tvrdí, že klíčovým plněním bylo pořízení administrativního centra kraje, pak mu to zdejší soud nehodlá vyvracet, stejně jako mu to nevyvracel žalovaný, nicméně forma, jakou administrativní centrum kraje bylo pořizováno, spočívala v jeho výstavbě podle požadavků žalobce.

Závěr o tom, že v případě původní veřejné zakázky spočívalo plnění v uskutečňování stavebních prací, není závěrem samoučelným, jenž by byl dovozován pouze z důvodů formální typologie veřejných zakázek. Jde o závěr, z něhož lze vycházet při posuzování otázky, zda nyní kontrahované plnění (postupem podle § 23 odst. 5 písm. b/ ZVZ) představuje částečnou náhradu původního plnění nebo rozšíření stávajícího rozsahu plnění či nikoli.

V úvaze ohledně splnění podmínky, zda dodatečné dodávky atypického nábytku představují částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky či nikoli, je však podstatná především skutečnost, kterou i žalovaný akcentoval, že součástí původního plnění, jak bylo vymezeno, výslovně (čl. 2 původní zadávací dokumentace) nebyla dodávka nábytku. Jestliže žalobce v rámci původního plnění nepoptával dodání nábytku, tedy žádného nábytku, nemělo být dodáním nábytku v rámci původní veřejné zakázky plněno a jeho dodávka tak nemůže původní plnění „nahrazovat“ ani jeho rozsah „rozšiřovat“. Původní plnění (podle původní smlouvy) a plnění nyní poptávané (podle dodatku č. 8 k původní smlouvě) bylo plněním zcela odlišným, a to i kdyby nebylo dovozeno, že původní plnění bylo ve skutečnosti stavebními pracemi. I kdyby bylo nahlíženo na původní plnění jako na „dodávku nemovitosti“, jak se žalobce snaží argumentovat, pak právě s ohledem na vymezení předmětu plnění v čl. 2 původní zadávací dokumentace, podle něhož předmětem (původní) veřejné zakázky není vybavení administrativního centra kancelářským nábytkem, se mohlo v pojetí žalobce nejvýše jednat o „dodávku nemovitosti bez nábytku“, a tedy „bez jakéhokoli nábytku“, a tedy dodávka nábytku, ať už by byl atypický nebo jakýkoli jiný, je plněním, kterého se předmět (původní) veřejné zakázky netýkal – a jde tak o plnění zcela se od původního plnění odlišující, původně vymezený předmět veřejné zakázky přesahující.

Jestliže tedy žalovaný dospěl k závěru, že měl-li být nábytek součástí stavby, mělo být jeho dodání zahrnuto již v původní veřejné zakázce, a vzhledem ke skutečnosti, že dodávka nábytku nebyla součástí původní veřejné zakázky, nelze o dodatečných dodávkách hovořit, pak se s takovým závěrem zdejší soud rovněž

ztotožňuje. Obdobná úvaha by se ostatně nutně uplatnila i v případě, že by na původní veřejnou zakázku bylo nahlíženo jako na „dodávku nemovitosti na leasing“, jak argumentuje žalobce; i pro takový případ by platilo, že měl-li být nábytek součástí původní „dodávky nemovitosti na leasing“, mělo být jeho dodání zahrnuto již v původní veřejné zakázce, čímž by se dosáhlo stavu, kdy by byla dodávána nemovitost i s nábytkem. Vzhledem ke skutečnosti, že dodávka nábytku nebyla součástí původní veřejné zakázky, nemohla se jí jakkoli pokoutně stát v průběhu plnění původní veřejné zakázky a nemůže se nyní ani jednat o dodatečnou dodávku ve smyslu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ – tedy o dodávku spočívající podle svého předmětu v částečné náhradě původní dodávky nebo v rozšíření stávajícího rozsahu dodávky. Dodávkou nábytku totiž nelze věcně „nahradit“ plnění spočívající v dodávce nemovitosti bez nábytku. Dodávkou nábytku nelze ani „rozšířit rozsah“ plnění, které dodávku nábytku od jeho počátku nezahrnovalo.

Třetí ze shora uvedených podmínek využití § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ tedy zdejší soud shodně se žalovaným nepovažuje za splněnou. Mají-li být všechny shora uvedené podmínky splněny kumulativně, není třeba se již splněním dalších podmínek (tedy podmínky čtvrté a páté) zabývat.

Z pohledu vymezení původní veřejné zakázky a vymezení plnění, jehož se týkal dodatek č. 8 k původní smlouvě, uzavřený dne 4.7.2007, nemůže být podstatné, co bylo podmínkou vydání stavebního povolení či kolaudace stavby. Jestliže žalobce původně nevymezil jasně, že jeho poptávka je založena na potřebě konkrétních stavebních prací na konkrétních nemovitostech podle předem jasných podmínek pro tyto stavební práce, pak podmínky provádění stavby a její případné kolaudace nemohou být důvody, které by měly ospravedlnit následné umělé doplnění požadavku na dodávku nábytku nad rámec původního plnění, které se dodávky nábytku netýkalo. Smyslem stanovení zadávacích podmínek před zahájením zadávací procedury je stanovení předem jasných a férových podmínek, z nichž jasně plyne, o co se bude soutěžit – a tedy co se má zadavateli nabízet a za jakých podmínek. Ani skutečnost, že administrativní prostory musí splňovat žalobcem uváděné standardy vybavení, není pro doplňování původního žalobcovy požadavku v režimu jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ důvodem. Mělo-li být těchto standardů dosaženo až dodávkou atypického nábytku a souvisejícího vybavení a nebylo-li jich dosaženo plněním v rámci předmětu původní veřejné zakázky, bylo zapotřebí dodávku atypického nábytku považovat za samostatnou, časově navazující veřejnou zakázku, a teprve jejím splněním mohlo být administrativní centrum považováno za kompletní a způsobilé provozu. Ani specifické architektonické řešení nábytku či otázky spojené s poskytnutím záruky za celé realizované dílo (tu si soud nemohl nepovšimnout, že sám žalobce v části žalobní argumentace hovoří o „dílu“, tedy logicky o stavebních pracích, zatímco na jiných místech žaloby zdůrazňuje, že předmětem původního plnění stavební práce nebyly) neodůvodňují umělé následné doplnění požadavku na dodávku nábytku do původního plnění, které se dodávky nábytku netýkalo. Dodávka nábytku a souvisejícího vybavení, byť jej bylo zčásti zapotřebí „instalovat“, tj. zabudovat, napojit na síť apod., je plněním odlišujícím se od původního plnění, jak si jej žalobce původně sám vymezil.

Ohledně tohoto plnění tedy platí závěr, k němuž dospěl žalovaný, že pokud by žalobce zadal veřejnou zakázku na atypický nábytek v samostatném a jinak předepsaném zadávacím řízení, nikoli tedy výjimečnou procedurou s nesprávným využitím § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, mohl porovnat nabídky více uchazečů. Nic ze žalobcovy konkrétní argumentace nenasměruje tomu, že by s ohledem na specifika atypického nábytku mohly být podmínky takového samostatného zadávacího řízení diskriminačními. Jednoduše řečeno: každý, kdo by byl schopen takový nábytek a související „výrobky“ dodat (včetně částečné instalace), mohl by se o veřejnou zakázku ucházet, byť by musel mimo jiné respektovat i konkrétní architektonické řešení. Dodávat nábytek podle návrhu architekta, byť by zahrnoval i požadavky nadstandardní, není důvodu obecně, bez jakékoli blíže vysvětlující argumentace, považovat za plnění jakkoli neobvyklé. Jestliže žalobce dále argumentoval tak, že instalace atypického nábytku třetí osobou by znamenala technické obtíže při provozu a údržbě stavby, pak na to žalobce mohl a měl pamatovat při původním vymezování požadavku na vybudování administrativního centra; nestalo-li se tak, ani to nemůže být důvodem pro umělé doplnění požadavku na dodávku nábytku do původního plnění, které se dodávky nábytku netýkalo, postupem podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ.

Přestože tedy žalobce sugestivně líčí důvody technického a administrativního charakteru, které by dodávky nábytku třetí osobou (uchazečem vybraným v samostatném zadávacím řízení) komplikovaly, nic to nemění na skutečnosti, že dodávka tohoto nábytku a souvisejícího vybavení („výrobků“) je plněním zcela se od původního plnění odlišujícím, původně vymezený předmět veřejné zakázky přesahujícím, a tedy že třetí ze shora uvedených podmínek použití § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ není splněna. Specifika plnění, jak je žalobce podává, tedy nebylo místa zohlednit více, než jak žalovaný v napadeném rozhodnutí učinil.

Z těch žalobních bodů, které žalobce k závěru žalovaného o naplnění znaků správního deliktu v žalobě uplatnil, tedy žaloba není důvodnou. Ze shora uvedeného plyne, že zdejší soud se s úvahami i závěrem žalovaného, že žalobce nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když veřejnou zakázku „Administrativní centrum Královéhradeckého kraje – rozšíření stávající dodávky předmětu leasingu“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky podle § 23 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, ve všech pro posouzení věci podstatných otázkách ztotožňuje.

Žalobce rovněž namítá, že žalovaný při stanovení výše pokuty nepřihlédl „ke všem konkrétním situacím a podmínkám“, které žalobce k použití jednacím řízení bez uveřejnění vedly, a v odůvodnění rozhodnutí neuvedl svoji konkrétní úvahu. Vzhledem k tomu, že žalovaný podle žalobce neuvedl způsob a posouzení veškerých skutečností, které jej vedly ke stanovení pokuty v konkrétní výši, uplatňuje žalobce moderační návrh podle § 78 odst. 2 s.ř.s.

To, jakým způsobem žalovaný odůvodnil pokutu, je tedy nyní samostatnou otázkou.

Podle § 121 odst. 2 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. „Správní uvážení“ však nemůže být pro správní orgán pohodlnou floskulí, která by měla být vykládána tak, že výši pokuty si žalovaný může stanovit volně a bez náležitého odůvodnění. 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.

Zdejší soud z obou postupně vydaných rozhodnutí žalovaného zjistil, že žalovaný při odůvodnění výše pokuty pouze citoval jednotlivá ustanovení ZVZ, podle nichž pokutu ukládal, konstatoval maximální výši pokuty, která žalobci podle jeho názoru hrozila (5 % z částky 35 910 000,- Kč, tj. 1 795 500,- Kč), zmínil v obecné rovině funkci pokuty a ve vztahu ke zjištěným skutečnostem v právě posuzované věci uvedl, že vzal v úvahu skutečnost, že žalobce neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil soutěžní prostředí, že vybraný uchazeč tak nebyl vystaven jakékoli konkurenci, neproběhla žádná soutěž a že omezení, resp. vyloučení principu soutěže je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení ZVZ, a doplnil, že přihlédl i k tomu, že otázka podmínek použití jednacímho řízení bez uveřejnění byla v rozhodovací praxi žalovaného již opakovaně řešena. Nadto žalovaný uvedl, že přihlédl k výši žalobcovu rozpočtu a že pokuta není likvidační.

Pokud jde o první z obou uvedených faktů, tj. že žalobce neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil soutěžní prostředí (jednoduše shrnuto, že žalobce zadávacím řízením, kterého měl využít, vůbec nevyužil), pak ten lze považovat za jedině možný, logický, a tedy vždy odvoditelný důsledek naplnění každého správního deliktu spočívajícího v tom, že zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky podle § 23 ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tento fakt by tedy bylo možné paušálně a obecně zmínit ve všech případech naplnění správního deliktu nepoužitím předepsaného zadávacímho řízení podle § 21 odst. 2 ZVZ. Nic specifického ve vztahu k právě posuzované věci z tohoto konstatování neplyne.

Pokud jde o druhý z obou uvedených faktů, tj. že otázka podmínek použití jednacímho řízení bez uveřejnění byla v rozhodovací praxi žalovaného již opakovaně řešena, pak především není patrné, jakým způsobem a s jakým výsledkem pro žalobce se tento fakt v úvahách žalovaného promítl, tj. co z toho pro uložení pokuty v právě posuzované věci plyne.

Věta o tom, že pokuta není likvidační, je taktéž obecná, použitelná prakticky v jakémkoli rozhodnutí, a tedy bez dalšího doplnění neříkající nic.

V daném případě tedy žalovaný ze zákonem (§ 121 odst. 2 ZVZ) výslovně požadovaných kritérií (závažnost správního deliktu, způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán), konkrétně zmínil pouze „závažné následky typu deliktu, jehož spáchání dovodil“. To může být prvkem zkoumaným při posuzování závažnosti deliktu a jeho následků, ovšem přestože se zdejší soud s tímto obecným konstatováním coby možným úvodem pro další úvahy ohledně konkrétní výše pokuty ztotožňuje, nic konkrétního ve vztahu k okolnostem porušení ZVZ v tomto konkrétním případě z tohoto konstatování již dále neplyne. Způsob spáchání deliktu a okolnosti, jejichž specifická žalobce zmiňoval již v průběhu správního řízení (zdůvodnění postupu žalobce a okolností týkajících se kontraktace dodatku č. 8 v podání žalobce ze dne 20.1.2009, totéž v rozkladu žalobce ze dne 24.3.2009), zůstaly nevyřaděny.

Z judikatury Nejvyššího správního soudu 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. 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.

Podle názoru zdejšího soudu z úvah žalovaného zachycených v pasážích věnovaných výši pokuty neplyne, že by žalovaný zvažoval všechna zákonná kritéria vyplývající z § 121 odst. 2 ZVZ, neplyne z nich ani to, jaká další kritéria zvažoval, tj. především to, zda a jak uvážil o žalobcem zmiňovaných specifických okolnostech ve vztahu k pokutě.

V takové situaci by zdejší soud mohl konkrétní důvody vedoucí k uložení pokuty přesně ve výši 800 000,- Kč nejvýše sám hledat a nikoli důvody, které k němu vedly žalovaného, přezkoumávat. Správní uvážení žalovaného ohledně výše pokuty nelze ani maximálně investigativním postupem zdejšího soudu 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 zdejší soud nemohl k žalobnímu bodu zabývat přezkumem výše uložené pokuty, neboť rozhodnutí žalovaného k tomu pro nedostatek odůvodnění nedává možnost. Ze stejného důvodu zdejší soud nemohl vážit případný moderační návrh, neboť není-li zřejmé, proč žalovaný stanovil pokutu v určité výši, nemůže soud posoudit, zda se jedná o pokutu ve výši zjevně nepřiměřené, jak požaduje § 78 odst. 2 s. ř. s.

Právě uvedené je důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. a k vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. Osud předchozího prvostupňového rozhodnutí je ponechán na úvaze předsedy žalovaného, kterou provede v otázce výše pokuty v dalším průběhu správního řízení.

Pro další průběh řízení před žalovaným je tedy najisto postavena odpověď na otázku samotného spáchání správního deliktu, bude zapotřebí se však zabývat otázkou, jakou sankci (v jaké výši) žalobci za porušení ZVZ uložit.

IV.Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků (výroková část II. tohoto rozsudku) se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšný, náleží mu proto právo na náhradu nákladů proti žalovanému. Z obsahu spisu zdejší soud zjistil, že žalobci vznikly náklady ve výši 2 000,- Kč za zaplacený soudní poplatek, náhrada těchto nákladů mu tedy byla proti žalovanému přiznána. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

Osoba zúčastněná na řízení nemá podle § 60 odst. 5 s.ř.s. na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí nebyla soudem uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout (výroková část III. tohoto rozsudku).

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 něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 1. září 2011

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová