



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: **Statutární město Plzeň – městský obvod Plzeň 1**, se sídlem Plzeň, Alej Svobody 822/60, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1.2.2010, č.j. ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI,

t a k t o :

- I. Žaloba se **z a m í t á**.
- II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobou podanou u zdejšího soudu se žalobce domáhá zrušení rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R47/2009/VZ-1114/2010/310/JSI ze dne 1.2.2010, kterým bylo zčásti změněno a zčásti potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí žalovaného č.j. S20/09/VZ-2812/2009/510/KČe ze dne 27.3.2009.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl tak, že žalobce jako zadavatel veřejné zakázky „Stavební úpravy 90. MŠ v Plzni, Západní ul. č. or. 7 Plzeň“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že porušil zákaz stanovený v § 44 odst. 9 ZVZ, když v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci podstatné části předmětu veřejné zakázky odkazy na specifické označení zboží, které

platí pro určitou osobu za příznačné, ačkoliv to nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, a uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Žalobci byla uložena pokuta ve výši 50 000,- Kč, která pak byla druhostupňovým rozhodnutím, nyní napadeným, snížena na 1 000,- Kč.

Žalovaný svůj závěr opřel o zjištění, že žalobce v zadávací dokumentaci použil ke specifikaci části předmětu veřejné zakázky odkazy na označení výrobků nebo materiálů, která jsou pro určité osoby příznačná, což podle žalovaného vedlo k tomu, že žalobce obdržel nabídky obsahující v části předmětu veřejné zakázky, která byla vymezena odkazy nebo názvy, pouze jedno z možných plnění, přitom není vyloučeno, že při nabídce obsahující jiná možná adekvátní plnění by zadavatel mohl dosáhnout výhodnější nabídkové ceny; nešlo přitom podle žalovaného o marginální část veřejné zakázky, neboť položky s těmito názvy a odkazy tvořily cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky, počítáno podle nabídky vybraného uchazeče.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce namítá, že z jeho strany nemohlo dojít a ani nedošlo k porušení § 44 odst. 9 ZVZ, neboť toto ustanovení pro jeho porušení předpokládá současné splnění další podmínky, kterou je zvýhodnění či vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků. ZVZ tedy předpokládá příčinnou souvislost mezi porušením stanoveného zákazu a současným zvýhodněním či vyloučením určitého dodavatele, případně výrobku. Takový kauzální nexus v žalobcově jednání absentuje a nelze se ztotožnit se žalovaným, který zvýhodnění či vyloučení dodavatele či výrobku bez dalšího pouze předpokládá, resp. o tomto uvažuje v rovině pouhého kondicionálu, aniž by učinil potřebná šetření. Není možné se pohybovat pouze v intencích pouhého ohrožení zájmu chráněného zákonem, ale je třeba prokázat porušení uvedeného zájmu.

Dále žalobce namítá, že § 44 odst. 9 ZVZ nelze chápat jako absolutní zákaz užití odkazů na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ale současně je nutno dotčené ustanovení chápat jako právo takového odkazy za určitých okolností použít, a to za účelem upřesnění předmětu veřejné zakázky. S touto skutečností uvedené ustanovení *explicite* počítá, kdy toliko stanoví, aby v takovém případě bylo zadavatelem umožněno použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Žalobce ovšem v zadávací dokumentaci umožnil použití jiných řešení. Proto nemohlo dojít ani k teoretickému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť jakýkoli uchazeč měl možnost ve své nabídce ocenit i jiné srovnatelné položky, než jaké byly uvedeny ve výkazu výměr.

Ze strany žalobce byly splněny veškeré podmínky, které zákaz použití specifických odkazů obsažený v § 44 odst. 9 ZVZ prolamují, neboť z jeho strany došlo k použití specifických odkazů toliko za účelem zpřesnění předmětu veřejné zakázky, použitím specifických odkazů nedošlo ke zvýhodnění či vyloučení žádného dodavatele ani výrobku a žalobce současně připustil použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Irelevantní je pak tvrzení žalovaného, že položky výkazu výměr specifikované názvy nebo odkazy tvořily z nabídky vybraného uchazeče cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřeného nabídkovou cenou vybraného uchazeče, kdy se z tohoto důvodu nejedná pouze o její marginální část. Ust. § 44 odst. 9 ZVZ nestanoví žádný procentuální poměr využití případných specifických odkazů, a proto nelze uvedený argument žalovaného akceptovat. Nadto uvedený poměr ve výši 10% nelze v žádném případě považovat za podstatnou část předmětu veřejné zakázky, a to tím spíše, kdy vybraným uchazečem byly použity také výrobky další, přičemž faktický objem položek výkazu výměr specifikovaných názvy nebo odkazy uvedených 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vůbec nedosáhl.

Žalobce navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření k žalobě odkazuje na svoji argumentaci obsaženou v napadeném i jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí a dodává, že § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ je konstruován tak, aby umožnil postihnout i tzv. ohrožovací jednání, k jehož dovršení postačuje i pouhá existence ohrožení zájmu chráněného ZVZ, ve věci právě projednávané § 44 odst. 9 ZVZ. Správním deliktem je nejen jednání, které výběr nejvhodnější nabídky prokazatelně ovlivnilo, nýbrž i takové jednání, které pouze mělo potenciál tento výběr ovlivnit, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Tato zákonná konstrukce v sobě zahrnuje prvek jisté pravděpodobnosti, přičemž úvaha žalovaného nad případnými následky, které mohl postup žalobce teoreticky způsobit, je legální součástí jeho diskreční pravomoci i součástí pojmových znaků deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Veškeré zjištěné skutečnosti byly zohledněny v rámci řízení o rozkladu tak, že původně uložená pokuta byla snížena na částku symbolických 1 000,- Kč.

Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné.

Žalobce i žalovaný setrvali na svých procesních stanoviscích po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloba není důvodná. Rozhodováno bylo bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.

Podle § 44 odst. 1 ZVZ je zadávací dokumentace souborem dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.

Podle § 44 odst. 9 ZVZ 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.

Podle čl. 23 odst. 8 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úřední věstník Evropské unie, 06/sv. 7, L 134/114), není-li to odůvodněno předmětem zakázky, nesmějí technické specifikace odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na určitý postup nebo na obchodní značky, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých podniků nebo určitých výrobků. Takový odkaz je výjimečně dovolen, není-li dostatečně přesný a srozumitelný popis předmětu zakázky podle odstavců 3 a 4 (směrnice) možný; takový odkaz musí být doprovázen slovy „nebo rovnocenný“.

Z uvedeného je patrné, že úprava podávaná z uvedené směrnice (čl. 23 odst. 8) byla transponována do ZVZ (§ 44 odst. 9), obě právní úpravy jsou totožné, a tedy místa pro použití eurokonformního výkladu textu ZVZ za použití textu směrnice na principu nepřímého účinku tu není.

Zákaz vyjádřený v § 44 odst. 9 ZVZ je pravidlem bránícím používání skrytých nástrojů a prostředků diskriminace dodavatelů. Jednou ze součástí samotného účelu ZVZ je snaha o umožnění co nejširší skutečné soutěže v boji o získání veřejné zakázky, což se promítá kodifikací zásad, jež zadávací řízení musí respektovat a jež jsou podávány z § 6 ZVZ. Jakkoli zadavatelem deklarovaná formální otevřenost zadávacího řízení může být z tohoto pohledu zmařena v důsledku dopadu specifických formulací použitých zadavatelem při sestavování zadávací dokumentace, které budou přímo nebo nepřímo zvýhodňovat jednoho nebo více dodavatelů před ostatními, a to stanovením či doporučením konkrétního zboží či konkrétních materiálů, kterých má být při plnění veřejné zakázky použito. Tento smysl vyjadřuje právě § 44 odst. 9 ZVZ; jde o požadavek, aby zadavatel při formulaci zadávací dokumentace, zejména technických podmínek ve smyslu § 45 a § 46 ZVZ, volil v rámci specifikace používaného zboží či materiálů pro plnění veřejné zakázky pouze taková obecná označení, jež nejsou příznačná pro určitý výrobek či službu či pro určitý subjekt (dodavatele nebo jeho subdodavatele). Zadavatel by se tak, pokud je to objektivně možné a pokud to nezpůsobuje nejednoznačnost zadávacích podmínek, měl vyvarovat odkazů na konkrétní obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení a specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu za příznačné.

Obecný zákaz odkazování na konkrétní označení podáváný § 44 odst. 9 ZVZ je prolamován za situace, kdy použití takového odkazu je odůvodněno zvláštnostmi předmětu veřejné zakázky; jde tedy o výjimečné situace, kdy specifika plnění, které je veřejnou zakázkou, obecný popis technických parametrů a specifikací vylučují, tj. kdy by obecný popis použitého zboží či materiálů pro zajištění řádného plnění veřejné zakázky nebyl dostatečným. ZVZ dává možnost použití odkazů na specifická označení v případech, kdy zadavatel není schopen objektivně popsat předmět veřejné zakázky s použitím obecných technických podmínek ve smyslu § 45 a § 46 ZVZ, na straně jedné neumožňujících identifikaci konkrétního dodavatele, technologie či výrobku, na straně druhé dostatečně přesných a srozumitelných všem dodavatelům. Je-li tomu tak a zadavatel bude schopen prokázat tuto objektivní neschopnost (nemožnost), mohou být použita i specifická označení (a odkazy na konkrétní ochranné známky či patenty atp.), umožní-li zadavatel zároveň i použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Z toho tedy plyne, že zadávací dokumentace zásadně nesmí obsahovat shora uvedená konkrétní označení. Pouze tam, kde je to odůvodněno předmětem plnění, tj. kdy předmět plnění nelze dostatečně určitě, jasně a srozumitelně popsat bez takových konkrétních označení, lze taková konkrétní označení do zadávací dokumentace uvést, v takovém případě je ovšem povinností zadavatele umožnit obdobná řešení.

Na přísném přístupu k použití výjimky ze zákazu odkazování na konkrétní označení se shoduje literatura interpretující § 44 odst. 9 ZVZ. „...Zadavatel je povinen vymezit předmět veřejné zakázky přesně, úplně a srozumitelně, nicméně za použití natolik obecného popisu předmětu veřejné zakázky a technických podmínek, aby neodkazoval na určité identifikační znaky jiných dodavatelů... Dle ustáleného výkladu je zadavatel povinen stanovit předmět plnění veřejné zakázky pomocí obecných specifikací (např. technické specifikace jako výkon a jeho parametry, charakter výrobku, funkce atd.), které jsou dostatečně přesné a srozumitelné všem dodavatelům. Jedině v tom případě, že nelze tímto obecným způsobem předmět plnění dostatečně specifikovat, může v zadávací dokumentaci zadavatel např. odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky pro bližší určení standardu jakosti a dalších vlastností výrobků, ale zároveň nesmí být omezena práva těch dodavatelů, kteří ve svých nabídkách nabídnou obdobná technická řešení se srovnatelnými parametry... Proto pouze ve výjimečných případech, kdy obecná specifikace předmětu veřejné zakázky by nebyla dostatečně přesná a srozumitelná (nezaručovala by vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek), může zadavatel použít odkaz na konkrétní značku či výrobek...“ (Š., M., P., V., O. M., M., T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, a.s., 2006, str. 195). „...Zadavatel nesmí uvést v zadávací dokumentaci, zejména při vymezení předmětu veřejné zakázky či formulaci technických podmínek na plnění veřejné zakázky, jakákoli označení, která jsou příznačná pro určitého dodavatele. Takový odkaz je oprávněn zadavatel použít pouze, pokud je to odůvodněno předmětem veřejné zakázky a pokud by popis předmětu veřejné zakázky stanovený technickými podmínkami plnění nebyl přesný a srozumitelný. V takovém případě však musí zadavatel připustit jakékoliv obdobné řešení vyhovující jeho požadavkům na plnění předmětu veřejné zakázky...“ (J.k, R. Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a EU, 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 2007, str. 250). „...Takový odkaz je předně přípustný za situace, kdy jeho

použití je odůvodněno zvláštnostmi předmětu veřejné zakázky. Jde např. o případy zadání veřejné zakázky na pořízení softwarového vybavení, jež musí být kompatibilní s konkrétním operačním systémem konkrétní obchodní značky či dokonce konkrétního typu, jež je již zadavatelem používáno. Do této kategorie lze obecně zařadit ty situace, kdy se jedná o veřejnou zakázku, jejíž předmět navazuje již na existující zařízení, a kdy zajištění správného fungování stávajícího a nového zařízení předpokládá dostatečně přesnou identifikaci původního zařízení, včetně uvedení výrobce, typu apod. Druhou, v praxi zřejmě častěji využívanou výjimkou z pravidla stanoveného v (§ 44) odstavci 9, je možnost použití odkazů na specifická označení v případech, kdy zadavatel není schopen objektivně popsat předmět veřejné zakázky s použitím obecných technických podmínek ve smyslu § 45 a § 46 zákona, na straně jedné neumožňujících přinejmenším přímou identifikaci konkrétního dodavatele, technologie či výrobku, na straně druhé dostatečně přesných a srozumitelných všem dodavatelům. Je-li tomu tak a zadavatel bude schopen prokázat tuto objektivní neschopnost, mohou být použita i specifická označení a odkazy na konkrétní ochranné známky či patenty atp., umožní-li zadavatel zároveň i použití jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení...“ (R., D., N., R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, str. 350).

Obdobně striktní výklad zastává i tuzemská rozhodovací praxe. „...*K technické specifikaci prostřednictvím stanovení a provázání předmětu veřejné zakázky s určitým výrobcem či výrobkem, což je obecně velkým problémem zadávání veřejných zakázek, lze tedy přistoupit pouze a výhradně při splnění určitých striktně vymezených podmínek spočívajících ve zvláštnosti předmětu veřejné zakázky a v tom, že jeho popis stanovený obecnými technickými podmínkami plnění by nebyl přesný a srozumitelný. Pouze za těchto podmínek zadavatel může v zadávací dokumentaci odkázat na určitý konkrétní typ výrobku nebo značky např. pro bližší určení standardu jakosti či dalších vlastností výrobků...“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16.11.2010, č.j. 9 Afs 30/2010-182).*

V právě posuzované věci není sporu o to, že žalobce v zadávací dokumentaci, ve výkazu výměr, uvedl konkrétní položky, které obsahují konkrétní označení; v prvostupňovém rozhodnutí uvádí žalovaný příklady takových odkazů („YTONG“, „Primalex“, „POROTHERM“, „Tegola“, „Tubolit“ atd.), žalobce to nezpochybňuje. Spor je o to, zda podmínky pro použití konkrétních označení splněny byly či nikoli, a tedy zda použitím konkrétních označení žalobce porušil § 44 odst. 9 ZVZ a dopustil se tak správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.

Jestliže podle § 44 odst. 9 ZVZ lze odkaz (konkrétní označení) výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný, pak je z pohledu posouzení věci klíčová otázka, zda popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 ZVZ, a to bez odkazů (konkrétních označení), by byl dostatečně přesný a srozumitelný. Pokud by tomu tak nebylo, nebylo by možné konkrétní označení použít. Pokud by tomu tak bylo, nezbytné by bylo zabývat se otázkou, zda žalobce umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.

Pro posouzení právě uvedené otázky je podstatné, že žalobce nezpochybňuje úvahy žalovaného zachycené na str. 7 prvostupňového rozhodnutí ve druhém odstavci, a sice že ve věci právě posuzované se nejedná o situaci, kdy by zadavatel nebyl schopen předmět veřejné zakázky, resp. jeho jednotlivé části (položky), popsat pomocí technických podmínek ve smyslu § 45 a § 46 ZVZ. Žalobce v žádném ohledu nezpochybňuje argumentaci žalovaného, že jednotlivé části stavby, specifikované ve výkazu výměr pomocí položek označených odkazy nebo názvy, jsou běžné stavební dodávky a materiály, technicky popsatelné způsobem uvedeným v § 45 a § 46 ZVZ. Žalobce nevyvrací, že by např. pórobetonové nebo cihelné zdící materiály bylo možno popsat materiálem, rozměry, pevnostními, tepelně či akusticky izolačními vlastnostmi atd. natolik jednoznačně, že nebyl důvod specifikovat je v zadávací dokumentaci konkrétními názvy. Pokud žalobce namítá, že z jeho strany došlo k použití specifických odkazů toliko za účelem zpřesnění předmětu veřejné zakázky, jde o tvrzení obecné, z něhož není patrné, v jakém ohledu by bez jednotlivých žalobcem použitých odkazů nebyl předmět veřejné zakázky dostatečně přesný. Žalobce tedy nepřináší žádnou argumentaci v tom směru, že by specifikace plnění, které je veřejnou zakázkou, použití uvedených odkazů odůvodňovala, tj. že by žalobcem poptávané plnění nebylo možné popsat dostatečně přesně a srozumitelně, a tedy jednoznačně, bez takové specifikace. Podle zdejšího soudu, jak bylo judikováno v rozsudku ze dne 11.12.2009, č.j. 62 Ca 51/2007-134, je to přitom zásadně právě zadavatel, tu tedy žalobce, který by měl být schopen odůvodnit, proč použil v zadávací dokumentaci ustanovením § 44 odst. 9 ZVZ obecně zakázaný odkaz; pokud zadavatel použije v zadávací dokumentaci takový konkrétní odkaz a odůvodní to pouze obecným tvrzením, aniž by uvedl, v čem konkrétně spatřuje nezbytnost takového konkrétního odkazu, nepřipustně tím omezí soutěž dodavatelů o veřejnou zakázku.

Pokud žalobce namítá, že neporušil § 44 odst. 9 ZVZ, neboť toto ustanovení pro jeho porušení předpokládá současné splnění další podmínky, kterou je zvýhodnění či vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobků, přitom zvýhodnění či vyloučení dodavatele či výrobku žalovaný bez dalšího pouze předpokládá, resp. o tomto uvažuje v rovině pouhého kondicionálu, aniž by učinil potřebná šetření, pak zdejší soud má i tuto žalobcem zmiňovanou podmínku za prokázanou a je veden stejnou úvahou jako žalovaný. Podle žalovaného (bod 24. napadeného rozhodnutí) není možné vyloučit, že pokud by v zadávací dokumentaci žádné odkazy použity nebyly, některý z uchazečů by navrhl řešení s pomocí jiných výrobků než těch, na které bylo v zadávací dokumentaci odkázáno – a to se také stalo, jak plyne z vyjádření uchazeče V. K. – STAVOS s.r.o. Úvaha žalovaného, podle níž zvolil-li žalobce jako základní hodnotící kritérium nejnížší nabídkovou cenu, pak o výběru mohl rozhodovat i minimální cenový rozdíl v nabídkách, a podle níž vzhledem k tomu, že nelze vyloučit, že pokud by v zadávací dokumentaci žádné odkazy použity nebyly, některý z uchazečů by ve své nabídce navrhl řešení s pomocí jiných, resp. levnějších výrobků než těch, na které žalobce v zadávací dokumentaci uvedl odkaz, nelze rovněž vyloučit, že by takto zpracovaná nabídka mohla obsahovat pro zadavatele výhodnější cenu, než jaké vyplývaly z nabídek zpracovaných v předmětné části předmětu plnění pouze v omezeném spektru z celkové nabídky všech materiálů a dodávek, které poskytuje trh, pak je úvahou, k níž je žalovaný oprávněn. Argumentaci možnými důsledky

použití konkrétních odkazů, je-li vystavěna na racionálním základě plynoucím ze skutkových zjištění, jako je tomu v této věci, nelze považovat za pouhou spekulaci žalovaného, nýbrž o smysluplný popis logických dopadů na průběh soutěže o získání veřejné zakázky, které použití konkrétních odkazů mohlo vyvolat. Tato úvaha má přitom místa jak při dovození závěru, zda postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky či nikoli (tedy zda se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a/ ZVZ či nikoli), tak při posouzení dílčí otázky zvýhodnění určitých dodavatelů nebo výrobků (tedy při posouzení samotného porušení § 44 odst. 9 ZVZ). K takové odborné úvaze nebylo ve věci právě posuzované zapotřebí žádného dalšího dokazování; bylo na žalovaném, aby prvek zvýhodnění a podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky srozumitelně popsal.

Nadto jde o úvahu žalovaného, která je podle zdejšího soudu i věcně správná. Konkrétními odkazy, které žalobce použil, skutečně mohli být uchazeči „navedeni“ ke zpracování svých nabídek, jak žalovaný uvádí v bodu 23. napadeného rozhodnutí, a přestože existovalo i jiné řešení, které dokonce v rámci plnění veřejné zakázky bylo odlišně od žalobcem konkrétně uvedených odkazů použito (vyjádření uchazeče V. K. – STAVOS s.r.o.), uchazeči takto „navedeni“ ve skutečnosti i byli, neboť jak uvádí žalovaný v bodu 23. napadeného rozhodnutí, a žalobce to nikterak nepochybně, nabídky podané jednotlivými uchazeči řešení podle žalobcem uvedených odkazů respektovaly. Smysl argumentace žalovaného je pro zdejší soud jasně patrný a logický: jestliže existují jiná technicky a kvalitativně srovnatelná řešení, než na která žalobce konkrétně odkázal, která mohou být i levnějšími, pak znevýhodnění jsou ti uchazeči (dodavatelé), kteří by srovnatelnou alternativu byli schopni nabídnout, avšak vedení snahou vyhovět žalobcovým požadavkům postupovali podle položkového návodu, jak plynul ze zadávací dokumentace, výkazu výměr, oproti těm, kteří bez takového návodu podávali nabídku podle své vlastní úvahy, vedení pouze technickými specifikacemi. Třeba dodat, že samotné použití jiných materiálů v rámci plnění veřejné zakázky, k němuž dochází až po hodnocení nabídek a výběru té nejvhodnější, z logiky věci nemůže mít vliv na hodnocení nabídek zpracovaných podle návodu podávaného ze zadávací dokumentace, výkazu výměr.

Právě uvedené vyvrací žalobní argumentaci i v té části, kde žalobce dovozuje, že nemohlo dojít ani k teoretickému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť jakýkoli uchazeč měl možnost ve své nabídce ocenit i jiné srovnatelné položky, než jaké byly uvedeny ve výkazu výměr. Pokud by zdejší soud měl této argumentaci přisvědčit, pak by to nutně znamenalo, že ve všech případech, kdy by zadavatel umožnil alternativu k jím konkrétně uvedeným odkazům, by správní delikt nemohl být naplněn (jeho naplnění podle § 120 odst. 1 písm. a/ ZVZ předpokládá podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky) a zároveň by nemohlo ani dojít k samotnému porušení § 44 odst. 9 ZVZ, neboť, vnímáno nesprávnou optikou žalobce, dodavatelé by vždy měli možnost nabídnout alternativní řešení. Sama možnost alternativního řešení ovšem neznamená, že by bylo vyloučeno zvýhodnění či podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Konstrukce uvedeného ustanovení, jak shora uvedeno, je totiž odlišná od té, z níž vychází žalobce. Umožnění jiného alternativního řešení totiž nehojí konkrétní odkazy (které nelze zadavatelem používat kdykoli za předpokladu, že

je umožněno k nim alternativní řešení), nýbrž je prostředkem, který má negativní důsledky takových konkrétních odkazů eliminovat v případě, kdy použití konkrétních odkazů bylo nutné. Teprve pokud by byla prokázána nezbytnost konkrétních odkazů s ohledem na potřebu zadavatelem poptávané plnění podrobně a přesně specifikovat, bylo by zapotřebí řešit otázku, zda žalobce při jejich nezbytném použití splnil povinnost výslovně umožnit i jiné alternativy řešení.

Pokud dále žalobce argumentuje v tom směru, že § 44 odst. 9 ZVZ nelze chápat jako absolutní zákaz užití odkazů na specifické označení zboží, které platí pro určitou osobu za příznačné, ale současně je nutno dotčené ustanovení chápat jako právo takovéto odkazy za určitých okolností použít, a to za účelem upřesnění předmětu veřejné zakázky, pak s tím lze sice obecně souhlasit, nicméně žalobcem zmiňované „právo odkazy použít za účelem upřesnění předmětu veřejné zakázky“ je vázáno na nezbytnost takových odkazů, přitom taková nezbytnost je dána tehdy, pokud by obecná specifikace předmětu veřejné zakázky bez takových odkazů nebyla dostatečně přesná a srozumitelná, neboť by nezaručovala vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek. Právě konkrétními důvody, které žalobce vedly k závěru ohledně nezbytnosti takových odkazů, ovšem žalobce neargumentuje.

Namítá-li žalobce dále, že je irelevantní tvrzení žalovaného, že položky výkazu výměr specifikované názvy nebo odkazy tvořily z nabídky vybraného uchazeče cca 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vyjádřené nabídkovou cenou vybraného uchazeče, kdy se z tohoto důvodu nejedná pouze o její marginální část, ani v tomto dílčím argumentu nelze žalobci přisvědčit. Je sice pravdou, že § 44 odst. 9 ZVZ nestanoví žádný procentuální poměr využití případných specifických odkazů, žalovaný však uvedený podíl zohledňoval ve svých úvahách ohledně míry ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. zda se jedná o ovlivnění podstatné či nikoli. I tato úvaha žalovaného je oprávněná a podle zdejšího soudu navíc i správná. Hodnota 10% byla žalovaným vyhodnocena jako nikoli marginální (v napadeném rozhodnutí to žalovaný k námitce žalobce obsažené v rozkladu osvětluje v bodu 20.) a s ohledem na tuto hodnotu žalovaný hovoří o podstatné části předmětu veřejné zakázky. Úvaha žalovaného je tedy založena na premise, že projevují-li se žalobcem uváděné konkrétní odkazy na nabídce vybraného uchazeče z 10%, mohlo to výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivnit, tj. fakticky mohla být vybrána nabídka jiná. Z tohoto pohledu se hypotéza podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jak ji podává žalovaný, nejví jako nesprávná, neboť podle zdejšího soudu lze při posouzení možnosti podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky spatřovat rozdíl mezi výjimečným, izolovaně a okrajově použitým odkazem na straně jedné a odkazy zasahujícími 10% plnění na straně druhé, jako tomu bylo ve věci právě posuzované. Přestože ZVZ žádnou hranici v tomto smyslu nestanoví a ostatně ani neukládá žalovanému, aby se jí povinně zabýval, její zohlednění považuje zdejší soud z pohledu posouzení otázky podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky za důvodné a přiměřené.

Argumentace žalobce, že vybraným uchazečem byly použity také výrobky další, přičemž faktický objem položek výkazu výměr specifikovaných názvy nebo odkazy uvedených 10% z celkového finančního objemu veřejné zakázky vůbec nedosáhl, závěr žalovaného v této otázce zpochybnit nemůže, neboť úvaha žalovaného zohledňující tuto hodnotu vychází z toho, že nabídka vybraného uchazeče byla zpracována tak, že dodávky a materiály byly uvedeny a oceněny v souladu s výkazem výměr, a tedy za tohoto stavu byla jeho nabídka hodnocena a vybrána jako nejvhodnější – vítězná (nic z toho žalobce nezpochybňuje). Nakolik se v průběhu plnění vybraný uchazeč odchýlil od dodávek a materiálů, jak plynuly z konkrétních odkazů v zadávací dokumentaci, výkazu výměr, na tomto poměru vztaženému k okamžiku, kdy nabídky byly hodnoceny, ničeho nemění, přitom zabýval-li se žalovaný s využitím této hodnoty 10% možností ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tedy ovlivnění procesu hodnocení, pak je skutečně rozhodující údaj k okamžiku, kdy nabídky byly hodnoceny.

Zdejší soud tedy po posouzení všech žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) žalobu v žádné její části neshledal důvodnou; žalovaný aplikoval správný právní předpis, v jeho rámci správnou právní normu a nedopustil se ani žádného výkladového pochybení, které by mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Při posouzení klíčové otázky, zda popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 ZVZ, a to bez odkazů (konkrétních označení), jak byly obsaženy v zadávací dokumentaci, výkazu výměr, by byl dostatečně přesný a srozumitelný, tedy zdejší soud dospěl k závěru, že žalobce nepřinesl žádný konkrétní argument, kterým by nezbytnost odkazů zdůvodňoval. Pouze v případě nezbytnosti takových odkazů by bylo jejich použití možné a pouze v takovém případě by bylo lze argumentovat splněním podmínky, že žalobce umožnil pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení. Nebyla-li prokázána nezbytnost uvedených odkazů, pak jsou závěry žalovaného obsažené v napadeném rozhodnutí zákonné a správné. Žalobce porušil § 44 odst. 9 ZVZ a dopustil se deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.

Nad rámec uplatněných žalobních bodů zdejší soud nezjistil žádnou vadu, k níž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

Ze shora uvedených důvodů tedy zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

IV. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s. ř. s. Žalobce úspěšným nebyl, právo na náhradu nákladů řízení by náleželo žalovanému, zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému vznikly v řízení náklady převyšující jeho jinak běžné úřední činnosti, a proto rozhodl tak, že žalovanému, ve věci úspěšnému, se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

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

V Brně dne 4.8.2011

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

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová