



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Petra Pospíšila a soudců Zuzany Bystřické a Mariana Kokeše ve věci

žalobce: **město Kyjov**, IČO 00285030
sídlem Masarykovo náměstí 30/1, 679 01 Kyjov
zastoupený advokátem Mgr. Martinem Látalem
sídlem Jana Babáka 2733/11, 612 00 Brno

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 12. 2022, č. j. ÚOHS-45129/2022/161, sp. zn. ÚOHS-R0145/2022/VZ

takto:

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Shora označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 10. 2022, č. j. ÚOHS-34889/2022/500, sp. zn. ÚOHS-S0371/2022/VZ. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí žalovaný shledal, že se žalobce coby zadavatel dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, tím, že při zadávání veřejné zakázky „MODERNIZACE STÁVAJÍCÍHO MĚSTSKÉHO KOUPALIŠTĚ A NOVOSTAVBA KRYTÉHO PLAVECKÉHO BAZÉNU KYJOV“ v jednacím řízení s uveřejněním nedodržel Shodu s prvopisem potvrzuje Petra Hladíková.

zásadu rovného zacházení zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť identifikoval rozpor mezi textovou a grafickou částí nabídky dodavatele GEOSAN GROUP a. s. (dále jen „GEOSAN“) ve způsobu řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části, což bylo důvodem pro žádost o vysvětlení nabídky ve smyslu § 46 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, přičemž způsob vysvětlení spatřovaného rozporu spočívající v korekci přílohy č. 3 návrhu smlouvy dodavatelem GEOSAN pokládal za jeden z důvodů pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení, zatímco u vybraného dodavatele [společníků společnosti „Společnost Metrostav – DIZ Bazén Kyjov“ Metrostav a. s. a Metrostav DIZ s. r. o. (dále jen souhrnně „Metrostav“)], jehož nabídka byla v dotčených částech týkajících se způsobu řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části identická jako nabídka dodavatele GEOSAN, tento rozpor neshledal a následně obdobně neřešil, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele a dne 28. 7. 2021 uzavřel s vybraným dodavatelem Metrostav *Smlouvu o zpracování projektové dokumentace, zajištění dalších záležitostí a o provedení stavby. Za spáchání tohoto přestupku žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 500 000 Kč (výrok II. rozhodnutí žalovaného). Dále mu výrokem III. rozhodnutí uložil povinnost uhradit náklady řízení v paušální výši 1 000 Kč.*

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

2. Ve včas podané žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu žalobce v první řadě shrnul relevantní skutečnosti týkající se zadávacího řízení. Konstatoval, že obdržel celkem 5 konečných nabídek. Po provedeném předřazeném hodnocení se rozhodl posoudit splnění podmínek účasti u prvních dvou účastníků v pořadí. Těmi byli GEOSAN (první v pořadí) a Metrostav (druhý v pořadí). Po provedeném posouzení byli oba tito účastníci vyzváni k objasnění nabídek s tím, že GEOSAN byl, na rozdíl od Metrostavu, vyzván rovněž k objasnění řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části v grafické a textové části přílohy č. 3 smlouvy. Způsob, jakým GEOSAN na tuto žádost reagoval (doložil upravenou textovou část přílohy č. 3 návrhu smlouvy), představoval jeden z důvodů jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Vedle toho byl GEOSAN vyloučen z dalších tří důvodů. Proti rozhodnutí o vyloučení podal GEOSAN námitky, které žalobce odmítl. Návrh na zahájení správního řízení GEOSAN nepodal. Žalobce posléze uzavřel dne 28. 7. 2021 smlouvu s Metrostavem. GEOSAN nicméně podal žalovanému podnět, v němž argumentoval tím, že Metrostav měl být ze zadávacího řízení rovněž vyloučen.
3. K věci samé pak žalobce uvedl, že dospěl-li žalovaný k závěru, že se nabídky zmíněných účastníků v části řešící dojezd tobogánu fakticky neodlišují, pak nemohl bez dalšího konstatovat, že k dodržení zásady rovného zacházení mohla vést pouze výzva k objasnění řešení dojezdu tobogánu adresovaná oběma účastníkům. Stejně tak by totiž k dodržení zmíněné zásady vedl postup, kdy by k objasnění této části nabídky nebyl vyzván ani jeden z nich. Žalovaný však nepředestřel žádný argument, proč by měl být upřednostněn právě jeden z výše uvedených postupů. Žalovaný mohl – s ohledem na příznivější důsledky pro žalobce – nanejvýš konstatovat, že žalobce se dopustil porušení zásady rovného zacházení, kterého měl dosáhnout upuštěním od výzvy k problematice dojezdu tobogánu u obou účastníků. Pokud by žalovaný dospěl k závěru, že žalobce neměl vyzývat ani jednoho z účastníků, dopustil by se žalobce porušení zákona vyloučením dodavatele GEOSAN z důvodu, který je bezprostředně spjat se způsobem objasnění nabídky v otázce řešení dojezdu tobogánu. Ovšem vzhledem k tomu, že GEOSAN byl vyloučen rovněž z jiných důvodů, nelze shledat, že by postup žalobce měl či mohl mít vliv na výběr dodavatele. Přitom alespoň potenciální vliv na výběr dodavatele je jedním ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek.
4. V této souvislosti žalobce vznesl dílčí výhradu k bodu 32 napadeného rozhodnutí s tím, že předseda Úřadu bez zjevného důvodu konstatoval, že v rámci rovného zacházení měli výzvu k objasnění dojezdu tobogánu obdržet oba zmiňovaní účastníci. S tím žalobce nesouhlasí, neboť tak se bezdůvodně upřednostňuje výklad pro žalobce nepříznivější. Nabídka Metrostavu byla v dané části posouzena správně, což se potvrdilo i následně během realizace veřejné zakázky. Shodu s prvopisem potvrzuje Petra Hladíková.

K případnému pochybení, které může dovozovat žalovaný, pak mohlo případně dojít pouze při posouzení nabídky dodavatele GEOSAN, resp. následně při jeho vyloučení, které bylo odvislé od způsobu, jakým tento reagoval na žádost o objasnění řešení dojezdu tobogánu. Pokud by žalovaný dospěl k závěru, že tento důvod pro vyloučení dodavatele GEOSAN neobstojí, byl by dotčen pouze jeden z důvodů pro jeho vyloučení. Samotné vyloučení dodavatele GEOSAN, jakož i výběr dodavatele Metrostav by tak nebyl nijak dotčen, resp. žalovaný by musel prověřit relevanci i ostatních důvodů pro vyloučení dodavatele GEOSAN.

5. Absence některého ze znaků skutkové podstaty vyžaduje aplikaci zásady *in dubio pro reo*. V této souvislosti by nemohly obstát argumenty žalovaného, že důvody pro vyloučení GEOSAN nebyly předmětem přezkumu. Pokud je však součástí skutkové podstaty potenciální vliv na výběr dodavatele a GEOSAN byl vyloučen z vícero důvodů, z nichž pouze jeden je znevěrohodněn z důvodu porušení zásady rovného zacházení, pak v řízení vedeném z moci úřední nelze rezignovat na posouzení zákonnosti dalších vylučovacích důvodů. Žalovaný tedy nesprávně zvolil výklad, který umožnil naplnění všech znaků skutkové podstaty. Souhrnně vzato, v tomto případě ohledně skutkového stavu vyvstaly pochybnosti ve vztahu k samotnému skutku, neboť nebylo dosaženo praktické jistoty o existenci relevantních skutkových okolností. Nosné závěry rozhodnutí nemají oporu ve zjištěném skutkovém stavu, resp. žalovaný neupřednostnil výklad pro žalobce příznivější, při jehož aplikaci by nebylo možné dospět k závěru o spáchání přestupku.
6. V bodě 33 napadeného rozhodnutí navíc žalovaný použil argumentační klam, neboť prohlásil, že zasláním výzvy dodavateli GEOSAN žalobce založil standard, který jej měl zavazovat k obdobnému postupu vůči ostatním dodavatelům. Nicméně stejně tak lze tvrdit, že byl vázán standardem, který založil opačný postup vůči společnosti Metrostav spočívající v neuplatnění výzvy. Opět lze poukázat na skutečnost, že žalovaný upřednostňuje konstrukci, která mu snáze umožňuje rozhodnout o správních sankcích.
7. Co se týče závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2016, sp. zn. 30 Af 66/2014, v dané věci nejsou relevantní, neboť soud v dané věci vycházel z jiného skutkového stavu. V odkazované věci nebylo sporu o tom, zda nedostatek v kvalifikaci v nabídkách skutečně nastal. V nynějším případě se neprojevil nedostatek v prokazované kvalifikaci u nabídky společnosti Metrostav, který by zadavatele omezoval v dalším postupu.
8. Žalobce se též dovolával toho, že se žalovaný nedostatečně vypořádal s argumentací uvedenou v rozkladu ve vztahu k uložené pokutě. Dosavadní bezúhonnost žalobce by měla představovat polehčující okolnost, k níž měl žalovaný přihlédnout při stanovení výše pokuty. Kromě toho způsob odůvodnění vyšší míry závažnosti přestupku v bodě 44 napadeného rozhodnutí fakticky splývá se znaky skutkové podstaty. Tím pádem je žalobci tatáž okolnost přičítána dvakrát. Vzhledem k tomu, že jedním ze znaků skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek je alespoň potenciální vliv na výběr dodavatele, lze konstatovat, že důsledkem každého takového přestupku je popření férového zadávacího řízení, což je však dle žalovaného přítěžující okolnost. V této souvislosti žalobce dále poukázal na nedostatečné vypořádání jeho námítky odkazující na jiné rozhodnutí žalovaného, který se týkal případu, kdy při souběhu dvou přestupků závažného charakteru byla uložena pokuta ve výši 300 000 Kč. I kdyby tedy napadené rozhodnutí obstálo co do zákonnosti výroku o vině, nemůže obstát v části týkající se uložení pokuty.
9. Na základě uvedeného žalobce navrhl, aby soud rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

10. Ve vyjádření k žalobě ze dne 5. 4. 2023 žalovaný uvedl, že žalobcem predestinované důvody nezákonnosti napadeného rozhodnutí se mýlí s podstatou závěrů v něm uvedených. Žalobce

Shodu s prvopisem potvrzuje Petra Hladíková.

nejprve přistoupil k hodnocení nabídek uchazečů GEOSAN a Metrostav. V případě nabídky dodavatele GEOSAN ovšem mj. identifikoval rozpor mezi textovou a grafickou částí nabídky ve způsobu řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části a tuto skutečnost považoval za důvod pro výzvu k objasnění nabídky podle § 46 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Způsob vysvětlení dodavatele GEOSAN spočíval v korekci přílohy č. 3 smlouvy, což zadavatel pokládal za změnu nabídky, a tedy za jeden z důvodů pro vyloučení tohoto dodavatele ze zadávacího řízení. Naproti tomu u dodavatele Metrostav, jehož nabídka byla v dotčených částech týkajících se řešení způsobu dojezdu tobogánu identická, tento rozpor neshledal a neřešil.

11. Takový postup byl v rozporu se zásadou rovného přístupu zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek. Situace u obou dodavatelů byla v dané věci srovnatelná. Oba dodavatelé v rámci svých nabídek předložili totožné řešení dojezdu tobogánu, objasnění nabídky však zadavatel požadoval pouze po jednom z nich. Takový přístup nerespektuje rovné zacházení mezi oběma účastníky a mohl mít též vliv na výběr dodavatele, neboť pokud by byl přístup k oběma dodavatelům totožný, mohl by být výsledek zadávacího řízení odlišný.
12. I z judikatury ohledně posuzování prokázání kvalifikace jednotlivých uchazečů plyne, že rozhodne-li se zadavatel vyzvat uchazeče k doplnění nebo objasnění kvalifikace, musí tak učinit u všech uchazečů, u nichž je to potřeba. Zadavatel není oprávněn sám určovat, kterého z uchazečů k doplnění kvalifikace vyzve a kterého nikoliv.
13. Žalobci je možno přisvědčit v tom, že zásada rovného zacházení by nebyla porušena, pokud by k oběma účastníkům přistupoval stejně, tj. nevyzval by k objasnění ani jednoho z nich. Jedná se však pouze o hypotetický scénář a žalovaný vycházel z toho, co žalobce skutečně učinil. Je plně v kompetenci zadavatele postupovat podle § 46 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Žalobce však svým postupem založil určitý standard, jakým způsobem bude ve srovnatelných situacích vůči ostatním dodavatelům postupovat, který ovšem nedodržel.
14. Rovněž je nutno odmítnout argumentaci, že postup zadavatele neměl vliv na výběr dodavatele. K porušení zásady rovnosti přístupu zde vedlo jednak to, co žalobce učinil (požadoval objasnění nabídky od dodavatele GEOSAN), a zároveň to, co neučinil (nepožadoval objasnění od dodavatele Metrostav). Vzhledem ke shodnosti obou nabídek ve věci řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části by se v případě požadavku k objasnění nabídky dodavatele Metrostav nabízel prostor k tomu, aby byl v návaznosti na objasnění jeho nabídky shledán důvod k vyloučení. I pokud by důvod k vyloučení v otázce dojezdu tobogánu zákonný nebyl, dodavatel by musel na výzvu zadavatele reagovat, jinak by se vystavil postupu dle § 48 odst. 2 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že již nelze zjistit jeho reakci, je nutno označit postup zadavatele za potenciálně mající vliv na výběr dodavatele. Existence dalších důvodů pro vyloučení dodavatele GEOSAN nemění nic na skutečnosti, že postup zadavatele byl v rozporu se zásadou rovného zacházení.
15. Odůvodnění rozhodnutí je dostatečné i ve vztahu k tvrzené nezákonnosti uložené pokuty. Bod 44 napadeného rozhodnutí obsahuje úvahu o závažnosti přestupku, přičemž předseda Úřadu pojednal o postupu žalobce z hlediska širšího kontextu zadávacího řízení. Postup zadavatele popíral smysl férového zadávacího řízení a nesl prvky libovůle. Nelze hovořit o splnutí znaků skutkové podstaty s přitěžující okolností.
16. Vzhledem k tomu žalovaný navrhl, aby soud žalobu zamítl.

IV. Posouzení věci

17. Soud, v souladu s § 51 odst. 1 soudního řádu správního (s. ř. s.) bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejích vydání, a shledal, že žaloba **není důvodná**.

18. Ze správního spisu vyplynulo, že žalobce jako zadavatel oznámil dne 26. 5. 2020 zahájení jednacího řízení s uveřejněním ve věci dané veřejné zakázky. Jejím předmětem bylo podle bodu 3 zadávací dokumentace „*zajištění modernizace stávajícího městského koupaliště (včetně nových venkovních bazénů s technologií), výstavba nového krytého plaveckého bazénu s wellness, revitalizace ulice Mezivodí, vč. parkovacích ploch, to vše do vlastnictví zadavatele a uvedení veškerých zařízení do provozu. Nedílnou součástí plnění dodavatele je i projektová příprava vč. zpracování projektové dokumentace pro vydání všech nezbytných stavebních povolení a zajištění kompletní dokladové části ke zpracované dokumentaci vč. vyřízení všech potřebných správních aktů, dále i zpracování všech dalších dokumentací pro realizaci stavby a ke kolaudaci díla jako celku.*“
19. Veřejná zakázka byla zadána formou stanovení požadavků na výkon a funkci, tzv. „*design/build*“. Požadavky žalobce specifikoval v návrhu smlouvy v bodě IV. 3 „*Specifikace tobogánových atrakcí*“, kde konkrétně vymezil základní náležitosti výstavby celého konceptu. K otázce řešení tobogánu žalobce stanovil průměr, délku a požadavky na materiál. Ohledně řešení dojezdu tobogánu v zadávací dokumentaci nevznesl žádné speciální požadavky. Z návrhu smlouvy přitom vyplynulo, že záměrně ponechal na účastnících zadávacího řízení, aby sami předložili návrh podrobného technického řešení v nabídkách, což mělo být vypracováno v nabídce jako příloha č. 3 „*Specifikace stavby v souladu s návrhem technického řešení*“.
20. Dodavatel GEOSAN předložil žalobci ve své nabídce v příloze č. 3 koncepční řešení stavby, přičemž součástí nabídky byl návrh na řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části. Ve vztahu k této otázce žalobce pojal pochybnosti a vyzval GEOSAN podle § 46 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek k objasnění nejasnosti ohledně dojezdu tobogánu ve vnitřní části. Žalobce se ve výzvě ze dne 25. 5. 2021 dotázal, zda GEOSAN počítá s realizací díla v souladu se všemi požadavky zadavatele, dále požadoval vysvětlit již zmíněný rozpor mezi textovou a grafickou částí nabídky v otázce dojezdu tobogánu ve vnitřní části a časové milníky ohledně plnění ze smlouvy. V reakci na tuto výzvu zaslal GEOSAN odpověď, ve které mj. konstatoval, že rozpor mezi textovou a grafickou částí nabídky v části týkající se dojezdu tobogánu ve vnitřní části vznikl omylem. Jedná se o pozůstatek z předešlých kol výběrového řízení, přičemž za správné řešení GEOSAN označil samostatný dojezd, tak jak je uveden v grafické části a v popisu na str. 10 a 11. Žalobce vysvětlení rozporu neakceptoval a v oznámení o vyloučení účastníka GEOSAN tuto skutečnost označil za nepřijatelnou změnu nabídky a označil ji za jeden z důvodů pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Oproti tomu vybraného dodavatele Metrostav k objasnění otázky řešící dojezd tobogánu ve vnitřní části nevyzval a dospěl k závěru, že jeho nabídka rozpor nevykazovala.
21. K právnímu posouzení věci je vhodné v první řadě uvést, že přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavatel dopustí tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele, a zadá veřejnou zakázku nebo uzavře rámcovou dohodu. Podle tohoto ustanovení tedy platí, že zadavatel je povinen postupovat podle zákona o zadávání veřejných zakázek, což mimo jiné znamená, že v rámci zadávacího řízení musí postupovat též v souladu se zásadami zakotvenými v § 6 odst. 1 a 2 citovaného zákona. Konkrétněji řečeno je zadavatel v postupech v rámci zadávacího řízení vázán zásadou transparentnosti a přiměřenosti a ve vztahu k dodavatelům má povinnost dodržovat zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace. Pokud by zadavatel při svém postupu v rámci zadávacího řízení nedodržel jednu ze zásad výše uvedených a zároveň by takový přístup měl potenciál ovlivnit výběr dodavatele, naplnil by znaky skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek.
22. Aplikace § 46 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy vyzvání uchazeče k odstranění pochybností nebo doplnění chybějících údajů v nabídce, je postupem fakultativním a je zásadně na úvaze zadavatele, zda – při dodržení zásad dle § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek – využije svého práva vyzvat účastníka zadávacího řízení, a to případně i opakovaně. Nicméně z fakultativního postupu se může stát povinnost. To zejména v případě, kdy zadavatel již postup

podle výše uvedené právní normy využil ve vztahu k dodavateli, který se nachází ve srovnatelném postavení jako jiný dodavatel. Pokud se tedy alespoň dva účastníci zadávacího řízení nachází ve srovnatelné situaci ve vztahu k předmětu dotazované skutečnosti, je za účelem zachování rovného přístupu nutné, aby byla výzva adresována oběma těmito účastníkům. Nabízí se také zákonem aprobovaná možnost, že zadavatel výzvu v dané situaci nevyužije ani u jednoho účastníka, čímž samotná zásada rovného zacházení nebude porušena, neboť i při takovém postupu je logicky zachován rovný přístup mezi účastníky ve srovnatelném postavení. Na uvedený postup je třeba dbát za účelem dosažení a zajištění férového přístupu k účastníkům při zadávacím řízení, neboť se jedná o nakládání s veřejnými prostředky a bez uvedených zásad a zákonných pravidel by tu byl prostor pro méně efektivní, účelné a spravedlivé jednání. Nezbytnost transparentního zadávacího řízení vyplývá také z prevence před potenciálním korupčním jednáním a před dohodami, jež by mohly narušovat volnou soutěž mezi dodavateli. Princip transparentnosti a rovného zacházení se tak promítá do celého průběhu řízení o veřejné zakázce. Východiskem pro výše uvedená tvrzení může být např. rozsudek ze dne 28. 3. 2023, č. j. 1 Afs 236/2022-77, *obec Baška*, v němž Nejvyšší správní soud („NSS“) podobně jako v nyní projednávané věci řešil nerovný přístup ke dvěma dodavatelům a vystihl základní principy zásad platných pro postupy v zadávacím řízení ve vztahu k možnosti využít výzvu podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek: „*V demokratickém právním státě platí obecně zákaz libovůle a svévole (např. rozsudky NSS ze 29. 5. 2013, č. j. 6 As 80/2012-49, nebo ze 23. 8. 2007, č. j. 7 Afs 45/2007-251, č. 1383/2007 Sb. NSS). Ani případný fakultativní postup na nich tedy nemůže být založen. Nelze učinit paušální závěr, že zadavatel smí činit bez ohledu na další okolnosti cokoliv, co uzná za vhodné. Důležité je posouzení konkrétní situace a průběhu soutěže. Úkolem správních soudů je pak kontrola postupu, který má vytvářet prostor pro spravedlivé podmínky účasti uchazečů v soutěži (rozsudek NSS ze 17. 8. 2021, č. j. 7 As 199/2021-71). Vůči stejným vadám musí zadavatel postupovat stejně, což stěžovatel neučinil, protože s uchazeči ve srovnatelném postavení zacházel rozdílně. Právě tímto postupem porušil zásadu rovnosti.*“ Smyslem zásady transparentnosti je pak dosažení toho, aby průběh veřejné zakázky byl zcela zřetelný a do jisté míry předvídatelný.

23. Postup podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek v souladu s výše uvedenými zásadami neznamená, že takový postup musí být uplatněn shodně ve vztahu ke všem účastníkům zadávacího řízení, nýbrž je třeba vyžadovat shodný postup k těm účastníkům zadávacího řízení, kteří jsou ohledně důvodů výzvy k doplnění či objasnění nabídky ve srovnatelném postavení. Pokud tedy v zadávacím řízení figurují dva účastníci, kteří se nacházejí ve srovnatelné situaci, a právě tyto téměř shodné okolnosti jsou předmětem výzvy, je zpravidla na místě, aby byla výzva uplatněna vůči oběma těmito účastníkům. V opačném případě se zadavatel vystavuje sankci za nedodržení rovného přístupu. To potvrzuje i rozsudek ze dne 20. 12. 2021, č. j. 10 Afs 223/2019-38, *Olomoucký kraj*, v němž NSS konstatoval, že k nerovnosti a diskriminaci může dojít jen tehdy, je-li zacházeno odlišně se srovnatelnými subjekty ve srovnatelných situacích. Obdobně se NSS vyjádřil k otázce zásad obecně platných pro zadávací řízení v rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, *UNIKO ZLÍN*, podle něhož „*porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v této situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči.*“
24. Pro úplnost je třeba uvést, že na druhou stranu také platí, že ne vždy je v rozporu se zásadou rovného zacházení či se zásadou zákazu diskriminace, je-li k objasnění či doplnění nabídky podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek vyzván pouze některý účastník zadávacího řízení, i přestože se ve srovnatelné situaci nachází. Jedná se však o situace, kdy je důvod k vyzvání pouze tohoto účastníka zadávacího řízení korektní a zřejmý (například oslovení účastníka s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou jako v případě, který řešil zdejší soud v rozsudku ze dne 12. 5. 2022, č. j. 62 Af 32/2020-216, bod 28). I takový důvod může opravňovat zadavatele k zdánlivě nerovnému

přístupu, kdy uváží vyzvat jednoho účastníka zadávacího řízení a ostatní nikoliv, pokud tak učiní z racionálního a pochopitelného důvodu. To však není případ nynějšího žalobce, jak uvedeno níže.

25. Za účelem aplikace těchto výchozích předpokladů na nyní projednávaný případ, se soud nejprve zabýval otázkou, zda se oba dotčení účastníci nacházeli ve srovnatelné situaci ve vztahu k řešení otázky uplatněné ve výzvě podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek směřující vůči dodavateli GEOSAN. Dospěl přitom k závěru, že zjištění o skutkovém stavu věci ze strany žalovaného mají jednak oporu ve správním spisu, jednak jsou přesně identifikována v bodech 64 až 69 rozhodnutí žalovaného. Z obsahu obou nabídek je zcela zřejmé, že shodný rozpor ohledně dojezdu tobogánu ve vnitřní části, který byl předmětem výzvy adresované dodavateli GEOSAN, obsahovala též nabídka dodavatele Metrostav. Oba účastníci měli ve svých nabídkách (vycházejících z podkladů téhož poddodavatele) jednak shodný slovní popis řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části, jednak identické grafické znázornění. Ze srovnání nabídek obou účastníků (viz též názornou tabulku v bodě 65 rozhodnutí žalovaného) lze učinit jednoznačný závěr, že obě nabídky jsou téměř totožné v otázce řešení dojezdu tobogánu, který byl v textové části obou nabídek popsán tak, že bude vybudován nový tobogán s nástupem i dojezdem ve vnitřní části bazénové haly a že „*vnitřní nerezový neplavecký bazén bude sloužit z části pro dojezd tobogánu a z části jako relaxační zóna [...]*“. Znění popisu dojezdu tobogánu bylo tedy u obou dodavatelů zcela a doslovně totožné. Oba měli rovněž ve vztahu k principu úpravy vody uvedeno, že „*[u] okruhu ‚Plavecký bazén a tobogán‘ bude stejným způsobem upravována voda v akumulační nádrži. Takto upravená voda se bude používat jako zdroj vody pro tobogán. Z dojezdové jednotky tobogánu se bude voda vracet zpět do akumulační nádrže.*“ Stejně tak v grafické části nabídky měli oba účastníci, oproti popisu, znázorněno, že tobogán nemá dojezdovou část ve vnitřním bazénu. Tyto údaje vykazují zřejmý rozpor mezi textovou a grafickou částí. Za této situace rozhodně nelze považovat za excesivní postup zadavatele, který využil možnost vysvětlení nabídky podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek. Nicméně pokud se v nabídkách obou účastníků objevil týž rozpor, neměl zadavatel opodstatněný důvod, který by jej opravňoval vyzvat k objasnění nabídky pouze jednoho z nich (GEOSAN), přičemž je ve věci podstatné, že mimo jiné i na základě tohoto rozporu byl následně tento uchazeč vyloučen ze zadávacího řízení. K tomu je nutno zdůraznit, že žalobce zároveň neuvedl žádný přesvědčivý, rozumný a spravedlivý důvod pro rozdílný přístup. Ten by totiž mohl být opodstatněn pouze jinou situací, např. rozdílnosti povah nabídek a jejich vad, což není tento případ.
26. Z obsahu obou nabídek je zcela zřejmé, že řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části navrhli oba dodavatelé zcela identicky a z žádné pasáže nelze dovodit, že by snad byl u Metrostavu tento rozpor v nabídce jinak vyjasněn, jak tvrdil žalobce. Pokud by k takovému závěru zadavatel dospěl, musel by tak učinit, vzhledem k totožnému návrhu obou dodavatelů, i u dodavatele GEOSAN. Zadavatel totiž musí postupovat podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek i tehdy, objeví-li se u účastníka zadávacího řízení stejná nejasnost jako u jiného účastníka, vůči kterému zadavatel již podle uvedeného ustanovení postupoval (srov. např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. 4. 2022, č. j. 5 A 148/2019-66, nebo rozsudek zdejšího soudu ze dne 2. 6. 2016, č. j. 30 Af 66/2014-40). Zadavatel není oprávněn sám určovat, kterého z uchazečů k doplnění výzvy a kterého nikoli. V opačném případě by totiž byla porušena zásada rovného zacházení. Zadavatel tak nemohl postupovat zákonně, pokud jako důvod vyloučení jednoho uchazeče učinil mimo jiné změnu nabídky v návaznosti na výzvu k objasnění otázky dojezdu tobogánu ve vnitřní části a zároveň nevyzval jiného uchazeče k objasnění téhož rozporu.
27. Správní orgán tak dospěl ke správnému závěru, že žalobce postupoval v rozporu se zákonem, pokud jednoho dodavatele vyzval k objasnění nabídky, které posléze vedlo k jeho vyloučení a druhého vybral bez dalšího postupu ve srovnatelné otázce jako vítěze. Jak uvedeno již výše, žalovaný v rozhodnutí přehledně popsal a vyhodnotil skutkové okolnosti týkající se otázky dojezdu tobogánu ve vnitřní části a správně shledal, že oba dotčení uchazeči tuto problematiku navrhuji

zcela identicky (viz body 64 až 69 rozhodnutí žalovaného). Tyto zjištěné skutečnosti poskytují pevný základ pro žalovaným a posléze předsedou Úřadu učiněné právní závěry. Nemohou je proto zvrátit ani nepřesvědčivá a toliko obecná tvrzení žalobce, že pouze u vybraného dodavatele vyplynulo z celkového kontextu nabídky a logických vazeb mezi jednotlivými částmi, že dojezd tobogánu je bezrozporný. Žalobce přitom ani neupřesnil, jaké vazby a kontext má na mysli. Jednoznačně stanovený skutkový stav pak vylučuje aplikaci zásady *in dubio pro reo*.

28. Tvrdil-li žalobce, že k dodržení zásady rovného přístupu vůči oběma uchazečům by vedl i postup, kdy by k objasnění této části nabídky nebyl vyzván ani jeden z nich, jedná se, i přes jeho čistě logickou opodstatněnost, pouze o hypotetický argument. Žalovaný a předseda Úřadu se zcela správně zabývali okolnostmi, které skutečně nastaly, nikoli dějem, který mohl teoreticky nastat. Při právním hodnocení pak vycházeli ze zjištěného skutkového stavu, který podřadili právnímu hodnocení. Nelze tak hovořit o tom, že by upřednostnili ten či onen přístup při hodnocení teoreticky možných postupů zadavatele při aplikaci institutu výzvy dle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek. Postup žalobce vůči dodavateli GEOSAN nelze hodnotit jako na první pohled excesivní. Pokud tedy žalobce tohoto dodavatele skutečně vyzval k objasnění nabídky, nemohli žalovaný a předseda Úřadu „*ve prospěch žalobce*“ konstatovat, že žalobce měl v rámci rovného zacházení od výzvy týkající se problematiky dojezdu tobogánu u obou účastníků upustit.
29. Ze zákona je rovněž zřejmé, že k naplnění skutkové podstaty daného přestupku postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Žalovaný přitom i tyto skutečnosti, jak plyne ze správního spisu, zkoumal dostatečně. Formální stránka, tj. naplnění znaků skutkové podstaty, byla v posuzovaném případě splněna. Vzhledem k tomu, že úprava přílohy č. 3 v otázce řešení dojezdu tobogánu ve vnitřní části byla pro žalobce nepřipustnou změnou a důvodem pro vyloučení účastníka GEOSAN, lze opodstatněně předpokládat, že tatáž výzva by měla mít stejný efekt i u vybraného dodavatele, neboť Metrostav by zjištěný rozpor vysvětlil s největší pravděpodobností totožně vzhledem k realizaci zakázky (tobogán byl nakonec řešen se samostatným dojezdem). Vzhledem k tomu, že sám žalobce na vysvětlení rozporu v případě dodavatele GEOSAN pohlížel jako na důvod k vyloučení ze zadávacího řízení, postihl by s největší pravděpodobností stejný následek i Metrostav. V úvahu též přichází možnost, že by Metrostav na výzvu neodpověděl, což by mělo stejné vyústění situace, tj. vyloučení ze zadávacího řízení. Konkrétní odpověď vybraného dodavatele bylo možno zpětně pouze odhadovat. Naopak zcela spolehlivě lze konstatovat, že nezákonný postup žalobce mohl ovlivnit výběr dodavatele. Pokud by totiž v souladu se zákonem zadavatel vybraného dodavatele vyzval k objasnění, přičemž bylo zjištěno, že rozpor označený ve výzvě adresované GEOSAN se nacházel i v nabídce Metrostav, musel by jej Metrostav vysvětlit. V případě, že by Metrostav vysvětlil rozpor podobně jako GEOSAN (což lze opodstatněně předpokládat), musel by být při zachování rovného zacházení vyloučen ze zadávacího řízení, neboť u dodavatele GEOSAN tomu tak skutečně bylo. V popsaném postupu zadavatele lze proto nalézt zjevnou nerovnost, kterou nelze omluvit ani skutečností, že Metrostav nakonec zakázku realizoval tak, že tobogán měl ve vnitřní části samostatný dojezd. Tento koncept navrhoval též GEOSAN, což objasnil v odpovědi na výzvu, v níž sdělil, že koncept bez samostatného dojezdu nebyl v nabídce zahrnut záměrně.
30. Vzhledem k uvedenému, kdy správní orgány vycházely z reálného, nikoli hypotetického skutkového děje, tak jsou z hlediska otázky dodržení zásady rovného zacházení skutečným postupem žalobce ve věci v zásadě nepodstatné další důvody, na jejichž základě žalobce vyloučil dodavatele GEOSAN. Klíčová je naopak okolnost, že sám žalobce postup dodavatele GEOSAN v reakci na výzvu k objasnění nabídky vyhodnotil jako nepřipustnou změnu nabídky, a tudíž důvod pro vyloučení tohoto dodavatele ze zadávacího řízení. Jinak řečeno, ve věci není rozhodné, zda byl GEOSAN ze zadávacího řízení vyloučen oprávněně, ale skutečnost, že za stejných skutkových okolností nebylo srovnatelně zacházeno i s dodavatelem Metrostav.

31. Pokud jde o uloženou pokutu, správní orgány správně vycházely z limitu daného zákonem, maximální možná výše pokuty v daném případě činila 28 540 000 Kč (tj. 10 % z ceny zakázky). Odůvodnění rozhodnutí obsahují úvahy o povaze a závažnosti přestupku a o přitěžujících a polehčujících okolnostech.
32. Obecně nutno zdůraznit, že určení výše pokuty v rámci zákonem stanoveného rozmezí je věcí volného správního uvážení správního orgánu, které podléhá přezkumu zákonnosti pouze v omezené míře (viz např. rozsudek NSS ze dne 29. 1. 2015, č. j. 8 Afs 25/2012-351, body 330 až 332). Úkolem soudu je pak v rámci žalobních námitek zohlednit, zda výše stanovené sankce je s ohledem na přestupek provázející okolnosti racionální, logická, zda nebylo vybočeno z mezí správního uvážení či zda není sankce likvidační.
33. Při stanovení výměry pokuty musí správní orgány při svých úvahách přihlídnout k závažnosti přestupku, která je především dána významem zákonem chráněného zájmu, rozsahu následků a okolnostem spáchání přestupku. Žalovaný při posuzování intenzity porušení chráněného zájmu konstatoval, že postup zadavatele nebyla naprostá ignorace zákonných předpisů, na druhou stranu přeci jen porušil v zákoně zakotvenou zásadu rovného zacházení, čímž ve významné míře vyloučil soutěžní prostředí a férovou soutěž, tedy základní předpoklady efektivního vynakládání veřejných prostředků. Tyto principy jsou přitom stavebním kamenem správního fungování zadávacího řízení a slouží k zajištění jeho cíle, proto jejich porušení není možné vnímat jako méně závažné. Žalovaný vzal přitom v potaz, že žalobcův postup představoval rozpor se zákonem, který se projevil v dílčí části procesu, a to ve vztahu k výzvě, kdy k jednomu z uchazečů přistupoval rozdílně a následně ho i vyloučil, avšak u druhého stejný rozpor v nabídce neřešil a vybral jej jako vítěze. Tyto skutečnosti týkající se následku, významu chráněného zájmu a intenzity porušení konstruovaly vyšší pokuty, a to zcela spravedlivě a dle logických úvah. Žádné přitěžující a polehčující okolnosti nebyly shledány.
34. Nebylo povinností žalovaného přisuzovat dosavadní bezúhonnosti žalobce charakter polehčující okolnosti. Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v § 39 neuvádí bezúhonnost ve výčtu polehčujících okolností a platí, že pokud by měl správní orgán přihlídnout i k polehčujícím okolnostem v zákoně neuvedených, musely by být v konkrétním případě pro posouzení společenské škodlivosti přestupku rozhodující. Bezúhonnost takovou okolností není, a to vzhledem k tomu, že žádným způsobem v nyní projednávané věci míru společenské škodlivosti nyní projednávaného přestupku nesnižuje (viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2024, č. j. 3 As 153/2022-45). V této souvislosti je navíc potřeba upozornit na to, že pokud pokuta činí pouze 1,75 % z maximální možné výše sankce, nelze bez dalšího konstatovat, že by bylo postupováno přísně, ale spíše naopak. Zcela zjevně tu nelze hovořit o vybočení z mantinelů správního uvážení, přičemž rovněž platí, že při samé spodní hranici rozmezí není třeba trvat na rozsáhlém odůvodnění a postačí základní vysvětlení úvah, které vedly správní orgán ke stanovení výměry sankce. Těmto standardům napadené rozhodnutí ve svém celku dostalo.
35. Žalobce nemá pravdu ani v tom, že mu byla přičítána dvakrát stejná okolnost – potenciální vliv na dodavatele (znak skutkové podstaty) a následek spočívající v popření férového zadávacího řízení, který je dle žalobce důsledkem každého takového přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí (body 43 až 45) uspokojivě vysvětlil, že závažnost přestupku se projevuje právě intenzitou narušení zákonem chráněného zájmu – narušení soutěžního prostředí. Sdělil, že se nejednalo sice o přestupek nejzávažnější, neboť nedošlo k naprosté rezignaci na dodržení zákonných povinností, nicméně jednoznačně postup zadavatele nesl prvky libovůle, kdy smysl férového řízení byl nezanedbatelným způsobem popřen tím, že totožný aspekt nabídky byl u jednoho dodavatele důvodem k vyloučení a v případě druhého dodavatele byl ignorován. Žalovaný tímto posuzoval intenzitu následku spáchaného přestupku, tedy míru „škodlivosti“, přičemž takové úvahy je při stanovení výše pokuty

nutné provést, pokud má být výše pokuty správně určena ve vztahu k jednotlivým individuálním okolnostem. Ačkoliv je potenciální vliv na dodavatele znak skutkové podstaty daného přestupku a úzce souvisí s následky porušení zákonné normy, není to totéž jako posouzení intenzity porušení soutěžního prostředí – tato míra totiž bude v každém konkrétním případě rozdílná.

36. Námitku spočívající v odkazu na rozhodnutí žalovaného sp. zn. ÚOHS-S0316/2022/VZ předseda Úřadu též dostatečně vypořádal v bodě 48 napadeném rozhodnutí. Každý případ provázejí jiné okolnosti a nelze očekávat, že výše stanovené sankce u všech spáchaných přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek budou vždy stejné. V žalobcem odkazovaném případě byl následek spáchání přestupku zcela odlišný, kdy nedošlo k vyloučení konkrétního dodavatele, ale ke stanovení nepřiměřených požadavků obecně v zadávacích podmínkách. Z povahy věci tak mohla být intenzita míry porušení zákonem chráněného zájmu odlišná, nehledě na další pro danou věc specifické okolnosti. Lze dodat, že v žalobcem odkazovaném případě byla uložena pokuta ve výši 1,04 % zákonné sazby, ani z tohoto úhlu pohledu tak nelze dovodit, že by pokuta uložená v nyní projednávané věci ve výši 1,75 % sazby byla v dané relaci zjevně nepřiměřená. Zcela stěžejní pro konstatování zákonnosti napadeného rozhodnutí je pak především skutečnost, že vysvětlení úvah správního orgánu je prezentováno srozumitelně, logicky a racionálně bez překročení zákonných mezí pro správní uvážení či opomenutí relevantních skutečností vlastních žalobcově případu.

V. Závěr a náklady řízení

37. Soud tedy shledal námitky žalobce neopodstatněnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž soud musí přihlížet z úřední povinnosti, zamítl žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s.
38. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl na základě § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 31. ledna 2025

Petr Pospíšil v. r.
předseda senátu