



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Michala Mazance a soudců JUDr. Petra Příhody a JUDr. Jana Passera v právní věci žalobce **Dopravní společnost Zlín - Otrokovice s. r. o.**, se sídlem 760 92 Zlín, Podvesná XVII/3833, zastoupeného JUDr. Radkem Ondrušem, advokátem se sídlem 613 00 Brno, Těsnohlídkova 9, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem 604 55 Brno, tř. kpt. Jaroše 7, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 1. 2006, čj. 2R 35/05 - Hr, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2006, čj. 62 Ca 13/2006 - 64,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

Žalobou napadeným rozhodnutím změnil předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutí žalovaného z 19. 5. 2005, čj. VZ/S48/05-154/2007/05-RP, jímž byla žalobci uložena pokuta 1 000 000 Kč za správní delikt dle § 102 odst. 1 písm. b) tehdy platného zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (v textu též „ZVZ“), a to tak, že snížil pokutu na 500 000 Kč.

Podle napadeného rozhodnutí se žalobce dopustil správního deliktu tím, že dne 10. 9. 2004 uzavřel smlouvu na realizaci veřejné zakázky „Dodávka 6 ks plně nízkopodlažních trolejbusů v dvounápravovém provedení dle technických podmínek zadávací dokumentace“, přičemž pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ, aniž k tomu byly splněny zákonné podmínky, čímž nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 2 písm. b) ZVZ.

Žalobce se obrátil se žalobou na Krajský soud v Brně, který ji napadeným rozsudkem zamítl.

Proti rozsudku brojil žalobce (stěžovatel) včasnou kasační stížností. V ní namítal důvody dle § 103 odst. 1 písm. a), b) a c) s. ř. s., pro které navrhoval rozsudek krajského soudu zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

Žalovaný se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

O námitkách stížnosti Nejvyšší správní soud uvažil:

Nejprve stěžovatel namítal možnou podjatost člena senátu Krajského soudu v Brně, JUDr. Davida Rause, Ph.D. Spatřoval ji v tom, že dr. Raus působil dříve jako vedoucí pracovník Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen Úřad). Tím se podílel nebo mohl podílet „na tvorbě interní metodiky či norem úřadu“ a dále v tom, že „akceptoval procesní postupy, v žalobě označené jako nezákonné a tímto se s nimi subjektivně ztotožnil“. Z toho stěžovatel dovozoval důvod pro vyloučení soudce pro jeho poměr k žalovanému. O této skutečnosti se stěžovatel dle jeho tvrzení dozvěděl teprve 4. 4. 2007.

Stěžovatel především nenabídl žádné vysvětlení toho, co zapříčinilo, že se o skutečnosti, že JUDr. Raus pracoval u Úřadu, dozvěděl teprve 4. 4. 2007, tedy zhruba pět měsíců poté, kdy krajský soud rozhodl. Ze spisu vyplývá, že stěžovatel byl prostřednictvím svého zástupce poučen o složení senátu a o možnosti uplatnit námitku podjatosti; k tomuto poučení stěžovatel výslovně ve vyjádření z 18. 9. 2006 (založeno na čl. 55) uvedl, že „žalobce nemá námitek ke složení senátu ani nevznášá žádné námítky podjatosti“. Námitku neuplatnil ani při jednání, které se konalo dne 12. 12. 2006. Jestliže stěžovatel v kasační stížnosti z 5. 4. 2007 tvrdil, že se o důvodu podjatosti (tedy o dřívějším působení soudce u Úřadu v letech 1999 až 2003) dozvěděl teprve den předtím, nelze než konstatovat, že tato námitka byla vznesena opožděně a nelze k ní tedy přihlížet. Stěžovatel netvrdil - a ani soudu není znám žádný objektivní důvod - že nemohl namítanou skutečnost zjistit během řízení před krajským soudem a naopak byla zjistitelná až v době podání kasační stížnosti.

Ani při posouzení dané otázky z úřední povinnosti [§ 109 odst. 3 s. ř. s. ve spojení s § 103 odst. 1 písm. c) s. ř. s.] nedospěl kasační soud k závěru o podjatosti JUDr. Rause. K vyloučení soudce z projednání a rozhodnutí věci může dojít teprve tehdy, je-li evidentní, že vztah soudce k dané věci, účastníkům nebo jejich zástupcům dosahuje takové povahy a intenzity, že i přes zákonem stanovené povinnosti nebude schopen nezávisle a nestranně rozhodovat. Okolnost, že jeden ze členů senátu v minulosti pracoval, byť ve vedoucí funkci, u žalovaného, nezakládá sama o sobě jeho podjatost ve vztahu k tomuto účastníkovi řízení. K uvážení by připadala možná podjatost ve vztahu k věci, pokud by se prokázalo, že se podílel na rozhodování právě této věci u žalovaného. Takové skutečnosti však nebyly ani tvrzeny a ze správního spisu nevyplývají. Nejvyšší správní soud tedy uzavřel, že vyloučený soudce ve věci nerozhodoval a zmatečnost řízení [§ 103 odst. 1 písm. c) s. ř. s.] tu není.

Stěžejní námitky proti posouzení věci krajským soudem stěžovatel spočívá v užití § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ. Namítal, že se krajský soud dostatečně nevypořádal s jeho argumentací a své rozhodnutí založil na striktním odlišení trolejbusů od autobusů, ačkoliv stěžovatel „znalecky doložil, že terminologické rozlišení je dáno historicko-politicky, nikoliv věcně“, a neprovedl navržené důkazy.

Bližší k tomu stěžovatel, obdobně jako v žalobě uvedl: posuzovanou veřejnou zakázkou zadal stěžovatel společnosti KAROSA dodávku šesti trolejbusů, které se v rozsahu 85% shodovaly s předchozími dodávkami autobusů od téhož dodavatele. Jednalo se tedy o totéž zboží s nepodstatnými modifikacemi, což vyplývá i z předložených znaleckých posudků, které soud ignoroval. Krajský soud se podle stěžovatele dopustil nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky, tedy tvrzení stěžovatele že: „*nákup šesti kusů silničních motorových vozidel typu CITY TROLEJBUS E3 – ŠKODA 24 TR je rozšířením původní dodávky 23 kusů silničních*

motorových vozidel typu CITY BUS E3 – IRISBUS, kdy se jedná o rozšíření původní dodávky o zboží stejných technických parametrů, kdy případná dodávka jiného zboží stejných vlastností by znamenala nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě, které byly znalecky vyčísleny v řádech desítek milionů korun.“

Podle stěžovatele bylo jím předloženými znaleckými posudky prokázáno, že autobusy i trolejbusy jsou totéž zboží, přičemž jeho dodávka od jakéhokoli jiného dodavatele by znamenala nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě, navíc v situaci, kdy neexistuje relevantní trh. Skutečnost, že jiný potenciální dodavatel neexistoval, prokázal dostatečně výsledek otevřené soutěže, kterou stěžovatel vyhlásil a následně zrušil několik týdnů před zadáním posuzované zakázky, a kterou krajský soud rovněž zcela pomínil.

V žalobě, na kterou stěžovatel výslovně odkázal, a kterou „je nutno považovat za součást odůvodnění tohoto bodu kasační stížnosti“ k tomu ještě uvedl, že původní dodávky 23 autobusů „rozšířil“ spornou zakázkou o šest trolejbusů, přičemž se jednalo „druhově o jedno a totéž zboží, a to silniční motorové vozidlo určené k hromadné přepravě osob, jak je definuje zákon č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě“; jediným odlišujícím znakem obou vozidel je pohonná jednotka. Podobnost obou těchto typů vozidel je zdůrazněna tím, že v posuzované zakázce šlo o trolejbusy tzv. „duální“, tedy vybavené jak pro jízdu pod trolejemi, tak i pro jízdu mimo ně. Dodání trolejbusů od jiného dodavatele by stěžovateli způsobilo dodatečné náklady na servisní činnost a údržbu, které byly v předloženém znaleckém posudku vyčísleny na cca 30 mil. Kč. Tyto finanční náklady je nutno chápat jako „nepřiměřené technické obtíže“, tj. jednu z podmínek uvedených v § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

Správní orgán podle stěžovatele nespřávně vycházel z právní úpravy platné v České republice, která trolejbusy zařazuje mezi drážní vozidla (viz zákon č. 266/1994 Sb., o dráhách); obdobné odlišení trolejbusů od autobusů, tj. silničních motorových vozidel, však nikde jinde v zemích Evropské unie není, a dokonce není znám a používán ani pojem „trolejbus“.

Ze všech uvedených skutečností tedy dle názoru stěžovatele jednoznačně vyplynulo, že dodávkou šesti trolejbusů došlo nikoli k dodávce jiného zboží, ale pouze k „částečné obnově původního zboží, případně rozšíření sjednaného objemu původního zboží“, tj. zboží stejné užité funkce (hromadné přepravy osob), se shodou výrobních komponentů až 85%.

Ze správních spisů vyplynulo:

V letech 1999 až 2003 nakoupil stěžovatel od společnosti KAROSA, a. s. celkem 23 autobusů City-bus. První dvě kupní smlouvy (z 11. 5. 1999 a z 31. 3. 2000) byly uzavřeny na základě interního výběrového řízení stěžovatele. Další kupní smlouva byla uzavřena postupem dle § 49 odst. 2 písm. c) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, účinného do 30. 4. 2004 (tedy prostřednictvím výzvy více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky, k němuž došlo po předchozím zrušení obchodní veřejné soutěže). Zbylé kupní smlouvy (z 19. 6. 2002, 24. 6. 2003 a 24. 6. 2003) byly uzavírány postupem dle § 50 odst. 1 písm. d), téhož zákona jako rozšíření veřejné zakázky zadané smlouvou ze dne 12. 4. 2001.

Výzvou dle § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ ze dne 8. 6. 2004 se stěžovatel obrátil na společnost KAROSA, a. s. k jednání o veřejné zakázce na dodávku 6 nízkopodlažních trolejbusů. Kupní smlouva byla uzavřena 10. 9. 2004. Ve výzvě ani v kupní smlouvě (resp. ani v informačním listu veřejné zakázky) není uveden odkaz na jinou (předcházející) smlouvu uzavřenou mezi těmito smluvními stranami.

Ustanovení § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ stanoví, že veřejnou zakázku na dodávky lze zadat v jednacím řízení bez uveřejnění také „jde-li o dodatečnou dodávku poskytovanou dodavatelem, s níž byla již uzavřena smlouva, spočívá-li plnění v částečné obnově zboží, rozšíření sjednaného objemu nebo úpravě za předpokladu, že změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; doba trvání těchto smluv nesmí přesáhnout dobu 3 let.“

Žalovaný ve svém rozhodnutí zastává názor, že citované ustanovení nemohlo být na posuzovaný případ aplikováno, neboť zde chybí základní požadavek na „dodatečnost dodávky“, tj. dodávky téhož zboží, jaké bylo dodáno v předchozí veřejné zakázce. Mezi původně dodávanými autobusy a nově dodanými trolejbusy je podstatný rozdíl: trolejbus je drážním vozidlem dle zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách.

Také ze znaleckých posudků předložených stěžovatelem podle žalovaného vyplynulo, že oba druhy vozidel, tj. autobus City-bus E3 – Irisbus a trolejbus City trolejbus E3 - Škoda 24 TR Irisbus, se od sebe výrazně liší, a to až o 38,5% ve vztahu k charakteristice karoserií a podvozku, přičemž dále se zcela odlišují způsobem pohonu, který se na celkové hodnotě trolejbusů podílí téměř ze dvou pětin.

Krajský soud se podrobně zabýval žalobními námitkami stěžovatele, důvody napadeného správního rozhodnutí, i argumenty obou účastníků řízení. Z rozsudku je dostatečně zřejmé, jaké skutečnosti zvažoval, než dospěl ke svému závěru. Vyvodil jej z právního posouzení věci: v zakázce na trolejbusy nešlo o obnovu zboží, ale - jak také tvrdil sám stěžovatel - o jeho rozšíření. Za této situace nebylo nutno zabývat se namítanou zaměnitelností obou druhů vozidel (autobusů a trolejbusů), a tedy i zkoumáním znaleckých posudků; zákonným předpokladem pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění by totiž v tomto případě bylo, pokud by šlo o rozšíření objemu původně sjednaného zboží. Předmětem předchozích smluv však byly dodávky autobusů, nikoliv trolejbusů.

Názor krajského soudu je správný. Stěžovatel v žalobě tvrdil, že spornou zakázkou usiloval o „rozšíření“ původních dodávek (viz str. 3 žaloby); konečně to vyplývá i ze smyslu jím uváděných námitek. Již v průběhu správního řízení stěžovatel uváděl, že od roku 1999 prováděl obnovu vozidel městské hromadné dopravy. K naplnění dílce zákona by se však muselo jednat o obnovu zboží dodaného na základě zakázky, na niž zadavatel navazuje postupem dle § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ, nikoliv o obnovu zboží staršího (zde tedy celého vozového parku).

Podstatou sporu je otázka, zda šlo v případě nákupu šesti trolejbusů o dodatečnou dodávku, jíž měl být rozšířen sjednaný objem zboží. Stěžovatel namítal, že správní orgán i krajský soud nesprávně založily svou argumentaci striktně na právní úpravě platné v České republice, která trolejbusy zahrnuje mezi drážní vozidla, ačkoliv ostatní země Evropské unie tak nečiní a dokonce ani neužívají pojem „trolejbus“.

Nejprve je k tomu třeba uvést, že nelze vytýkat státním orgánům to, že se řídí právní úpravou platnou na území tohoto státu. Stěžovatel poukazuje na to, že „v ostatních zemích“, tedy v právních řádech jednotlivých členských států, existuje právní úprava odlišná (aniž uvádí konkrétní příklad). Soud nemá důvod srovnávat právní úpravu určité otázky v různých zemích; tím se zabývá právní komparatistika. Přesto je známo, že pojem „trolejbus“ se vyskytuje také v právních normách EU: některé z nich obsahují výslovnou úpravu týkající trolejbusů: např. nařízení Komise č. 213/2008 ze dne 28. 11. 2007, kterým se mění nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2195/2002, o společném slovníku pro veřejné zakázky (CPV) a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES, o postupech při zadávání zakázek,

pokud jde o přezkum CPV, výslovně do hlavního slovníku řadí pojem „trolejbusy“ (kód CPV 34622300-6, resp. kód 34622000-3: „železniční osobní vozy, tramvaje a trolejbusy“; resp. kódy v samotném nařízení 2195/2002); Cílem nařízení č. 2195/2002 je stanovit společný slovník pro veřejné zakázky – jednotný klasifikační systém pro veřejné zakázky za účelem sjednocení údajů užívaných zadavateli k popisu předmětu smluv. Také již citovaná směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, užívá pojmu „trolejbusová doprava“ (čl. 5 odst. 1: „*Tato směrnice se vztahuje na činnosti spojené s poskytováním a provozem sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti železniční dopravy, automatizovaných systémů, tramvajové, trolejbusové, autobusové nebo lanové dopravy.*“).

Působnost zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, je vymezena v § 1 odst. 1:

„Tento zákon zpracovává příslušné předpisy Evropských společenství a upravuje:

- a) podmínky pro stavbu drah železničních, tramvajových, trolejbusových a lanových a stavby na těchto dráhách,*
- b) podmínky pro provozování drah podle písmene a), pro provozování drážní dopravy na těchto dráhách, jakož i práva a povinnosti fyzických a právnických osob s tím spojené,*
- c) výkon státní správy a státního dozoru ve věcech drah železničních, tramvajových, trolejbusových a lanových.“*

Samotný pojem „trolejbus“ tento zákon nevymezuje, avšak užívá jej, stejně jako příkladmo shora uvedené předpisy EU. Trolejbus jako samostatný druh vozidla je zmiňován také v dalších právních předpisech [např. zákon č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích, v § 2 písm. k) vymezuje pojem „vozidlo hromadné dopravy osob“ jako „autobus, trolejbus nebo tramvaj“]. Autobusy jsou zařazeny mezi druhy silničních vozidel (viz § 3 odst. 2 zákona č. 56/2001 Sb., o podmínkách provozu na pozemních komunikacích). Ačkoliv některé právní normy se vztahují výslovně na obě tato vozidla (např. § 15 odst. 1, § 25 odst. 6, § 72 citovaného zákona o provozu na pozemních komunikacích), namnoze se právní úprava výrazně liší [např. v otázce pravidelných technických prohlídek: srov. zejm. § 40 odst. 1 písm. b) zákona o podmínkách provozu na pozemních komunikacích a § 65 odst. 2 ve spojení s § 60 a příl. č. 5 vyhl. Ministerstva dopravy č. 173/1995 Sb., kterou se vydává dopravní řád drah, resp. § 43 zákona o dráhách; dále např. vyhl. Ministerstva dopravy a spojů č. 341/2002 Sb., o schvalování technické způsobilosti a o technických podmínkách provozu vozidel na pozemních komunikacích].

Kasační soud si je vědom také např. znění bodu 41 přílohy č. 5 posledně uvedené vyhlášky: „*trolejbus je z hlediska konstrukce autobus se zvláštním druhem elektrického pohonu, přičemž pouze na jeho některé systémy, konstrukční části a samostatné technické celky stanovují předpisy EHK (předpisy vydávané na základě mezinárodní smlouvy, kterou je Česká republika vázána) specifické požadavky [srov. vyhl. Ministra zahraničních věcí č. 176/1960 Sb., o Dohodě o přijetí jednotných podmínek pro homologaci (ověřování shodnosti) a o vzájemném uznávání homologace výstroje a součástí motorových vozidel]*“.

Soudu, resp. ani Úřadu, však nepřísluší zkoumat, jakou podobu mají tyto „specifické požadavky“ v konkrétním případě. Podstatné je, že platná právní úprava obě vozidla, tj. autobus a trolejbus, jak bylo výše naznačeno, chápe odlišně. I citovaný bod 41 přílohy č. 1 vyhl. č. 176/1960 Sb. je uvozen takto: „*trolejbus je drážní vozidlo poháněné elektromotory napájenými většinou z troleje, které se pohybuje po pozemních komunikacích, nad nimiž je trolej. Na trolejbus se vztahuje zvláštní právní předpis.*“.

Krajský soud správně usoudil, že při zkoumání splnění podmínek § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ jde v první řadě o právní posouzení. Jeho předmětem je mimo jiné i otázka, zda se při nově zadávané zakázce jedná o dodatečnou dodávku ve smyslu tohoto ustanovení. Podstata právního posouzení pak spočívá zejména v prozkoumání smluvních dokumentů (při původní a nové dodávce). Zkoumání obsahu smlouvy a jeho výklad je otázkou právní. Teprve v případě, že na základě právního posouzení by vyšlo najevo, že nelze dojít k jednoznačnému závěru o shodě plnění obou dodávek, bylo by nutno přistoupit mimo jiné i k zadání znaleckého posudku ohledně skutkových otázek. Znalecké posouzení tedy není, jak dovozoval stěžovatel z postupu správního orgánu, *a priori* vyloučeno. Nelze je ovšem postavit na roveň nebo dokonce nad posouzení právní, ale teprve jako podpůrný prostředek pro právní výklad. O takovou situaci může jít např. v případě, kdy předmět veřejné zakázky je v původní smlouvě vymezen sice dostatečně určitě, aby splňoval dikci zákona co do platnosti právního úkonu, avšak nikoliv natolik precizně, aby pod něj nebylo možno podřadit i zboží ne zcela identické s původní dodávkou. Může jít o hraniční a výjimečné případy, kdy v úvahu přichází více než jeden právní výklad. Vždy je třeba mít na paměti, že znalecký posudek je pouze jedním z možných důkazních prostředků, který by měl rozhodující orgán použít teprve v případě, že nelze dospět ke spolehlivému závěru jinak. Znalecký posudek nemůže nahradit úvahu soudu.

V posuzovaném případě tedy nemohlo jít o otázku skutkových zjišťování (založených na znaleckých posudcích) ohledně rozdílnosti autobusů a trolejbusů ani obecně, ani u konkrétních typů, kterých se sporná veřejná zakázka týkala. Úvaha založená na platné legislativě postačila k utvoření úsudku, zda byly naplněny zákonné podmínky stanovené v § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ. Kasační soud dal za pravdu krajskému soudu v závěru, ke kterému dospěl, tedy že v daném případě tyto podmínky splněny nebyly.

Z tohoto důvodu již není třeba zabývat se výší nákladů, které by musel stěžovatel vynaložit při dodání trolejbusů od jiného dodavatele. Jen na okraj k tomu lze poznamenat, že ani znaleckým posudkem nemohlo být postaveno najisto, zda by dodatečné náklady nebylo možno eliminovat nižší cenou dodávky vzešlou ze soutěže, popř. jinými výhodnými smluvními podmínkami poskytnutými jiným dodavatelem. Tato úvaha nebyla popřena ani výsledkem obchodní veřejné soutěže vyhlášené stěžovatelem v březnu 2004 a posléze zrušené, a nebylo účelné ani stěžovatelem v žalobě navrhované pátrání po jiných potenciálních dodavatelích (návrh na zpracování znaleckého posudku „*ke zodpovězení otázky, zda existuje subjekt, který by mohl bez použití dumpingu vyhovět zadání*“). „Hledání“ dodavatelů nemůže být otázkou znaleckého posouzení, k tomuto účelu má sloužit právě řádný postup podle zákona o veřejných zakázkách. Přisvědčil-li by soud stěžovateli a spokojil se s jeho prohlášením o vědomosti, že neexistuje, a to ani v ostatních zemích EU, jiný potenciální dodavatel, dopustil by se narušení základních principů této oblasti právní úpravy (např. i principu rovného přístupu konkurentů k veřejným zakázkám).

Ostatně, postup samotného stěžovatele nesvědčí o jeho jednoznačném přesvědčení o správnosti jím předestřené výkladu zkoumaného ustanovení ZVZ. Fakt, že stěžovatel před zadáním této veřejné zakázky vyhlásil obchodní veřejnou soutěž na dodávku trolejbusů (kterou později zrušil), evokuje myšlenku, že nebyl od počátku přesvědčen o tom, že by šlo i nadále o „pouhé“ rozšiřování (resp. obnovu) veřejné zakázky dřívější.

Stranou zkoumání stojí proto také otázka, jinak ovšem klíčová, zda, i kdyby se jednalo o dodatečnou dodávku, dodržel stěžovatel zákonnou tříletou lhůtu.

Závěry o této stížní námitce lze uzavřít s tím, že krajský soud určitým způsobem vyjádřil svůj právní závěr ke zkoumanému žalobnímu bodu [aplikace § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ],

příčemž je zřejmé, jak k němu dospěl a proč se tedy výslovně nevyjádřil ke všem jednotlivým námitkám stěžovatele k tomuto bodu a proč neprovedl jím navrhované důkazy (zejm. zadání zpracování dalších znaleckých posudků).

Další námitkou stěžovatel brojil proti tomu, jak krajský soud uvážil o naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu. Krajský soud konstatoval, že zákon o veřejných zakázkách nespojoval spáchání správního deliktu s existencí poškozeného či společenské nebezpečnosti jednání zadavatele. Soud podle stěžovatele chybně ztotožnil formální a materiální znak správního deliktu a v důsledku toho se také řádně nevypořádal s námitkou.

Stěžovatel vyložil, že podle něho pro trestnost správního deliktu musí platit stejná pravidla jako pro trestnost trestných činů. Tato typová shoda musí existovat i v případě posuzování společenské nebezpečnosti. Pokud je pro trestnost v případě trestného činu vyžadována zákonem výslovně společenská nebezpečnost vyšší než nepatrná, je nutně logické, že v případě trestnosti pro správní delikt musí být velikost společenské nebezpečnosti deliktu v úrovni o řád nižší, tedy fakticky vyšší než malá. Stěžovatel trvá na tom, že svým jednáním nikoho nepoškodil a sebe ani jiného neobohatil. Společenská nebezpečnost by byla dána pouze v případě, kdy by chyběly podmínky pro postup dle § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ, pokud by současně existoval trh potenciálních dodavatelů.

V žalobě k tomu stěžovatel uvedl, že materiální znak správního deliktu není v daném případě obligatorní podmínkou jeho trestnosti, ale promítá se jako kritérium pro stanovení výše sankce. Žalovaný měl přihlídnout k tomu, že jednáním stěžovatele nedošlo k poškození žádné konkrétní osoby, naopak bylo nanejvýše hospodárné, a proto se uložení sankce jeví jako nepřiměřeně tvrdé.

Stěžovateli byla uložena pokuta dle § 102 odst. 2 písm. a) ZVZ za spáchání správního deliktu vymezeného v § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ: „Právnícká osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, se dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu (§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a)“ (tedy „nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek“).

Krajský soud vyslovil, že materiální znak je naplněn již tehdy, pokud dojde k naplnění znaků skutkové podstaty, což implikuje závěr o tomto materiálním znaku správního deliktu.

Nejvyšší správní soud judikuje, že správním deliktem je protiprávní jednání, jehož znaky jsou stanoveny zákonem, správní orgán za ně pak ukládá zákonem stanovený trest. Jedná se o protiprávní jednání bez ohledu na zavinění, zpravidla výslovně označené zákonem jako správní delikt. Již v minulosti kasační soud vyslovil, že pro trestnost správních deliktů musí platit obdobné principy a pravidla jako pro trestnost trestných činů (srov. rozsudek ze dne 31. 5. 2007, čj. 8 As 17/2007 - 135, publikovaný ve Sb. NSS pod č. 1338/2007).

V citovaném rozsudku tehdy Nejvyšší správní soud *obiter dictum* vyslovil, že: „správní delikty představují ve srovnání s trestnými činy jinou formu protiprávního společensky nebezpečného jednání. Podstatou správních deliktů je postih za jednání v rozporu s právem. K jeho trestnosti však nepostačuje, že jednání po formální stránce vykazuje znaky skutkové podstaty deliktu, pokud zároveň není jednáním společensky nebezpečným (škodlivým). Jinými slovy, aby mohlo být určité protiprávní jednání kvalifikováno jako správní delikt, musí být kromě formálních znaků deliktního jednání naplněna i materiální stránka deliktu, a jednání musí vykazovat určitou míru společenské nebezpečnosti ve vztahu ke porušené povinnosti, stanovené zákonem na ochranu odpovídajících hodnot. Na těchto závěrech nemůže nic změnit skutečnost, že zákony upravující správní delikty *stricto sensu* materiální stránku deliktu neupravují (na rozdíl od právní úpravy trestných činů

a přestupků). Materiální stránka protiprávního jednání se tak i v případě správních deliktů musí projevit nejen při stanovení výše sankce, ale již při posuzování trestnosti právně závadného jednání.“

Kasační soud však zároveň připustil, že „i prosté porušení administrativního pořádku může naplnit materiální znaky deliktu“. Zdůraznil také, že „nelze připustit porušování zákonných podmínek na základě pouhého poukazu na skutečnost, že stěžovatel provozoval linkovou dopravu ve prospěch společnosti (pozn.: bez příslušné licence)“.

Z uvedeného plyne, je třeba dát stěžovateli za pravdu v tom, že právní názor krajského soudu nelze považovat za souladný s výkladem Nejvyššího správního soudu. Také v posuzovaném případě bylo třeba zkoumat naplnění materiální stránky správního deliktu, tj. zda porušení povinnosti uzavřít smlouvu na dodávku s dodavatelem vybraným v zadávacím řízení řádně vedeném v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, vykazovalo nezbytnou míru společenské nebezpečnosti.

Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je dle § 3 odst. 4 trestního zákona určován zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou. Tento výčet, byť je zákonem vymezen jako demonstrativní, pokrývá *de facto* všechny faktory ovlivňující stupeň a vůbec existenci společenské nebezpečnosti.

Obdobný výčet bylo tedy třeba vzít v úvahu i u nyní posuzovaného správního deliktu. Zájem chráněný zákonem o veřejných zakázkách lze velmi zjednodušeně vymežit jako ochranu veřejných financí (vydáváných prostřednictvím veřejných zadavatelů za jednotlivé zakázky). Ačkoliv se jedná o zájem primární, není zdaleka jediný. Značná míra ochrany je poskytována rovněž zájmům konkrétních subjektů, především kladením důrazu na transparentnost a přezkoumatelnost zadávacích řízení.

Žalovaný, resp. jeho předseda, posuzovali otázku veřejných financí při stanovení výše pokuty. V rozhodnutí prvního stupně uložil pokutu ve výši necelé jedné třetiny maximální možné výše (tj. 1 mil. Kč z možných 5% zakázky, tedy z 3 891 300 Kč) mimo jiné s odůvodněním, že stěžovatel financoval veřejnou zakázku ze dvou třetin z vlastních zdrojů a pouze 10 mil. Kč (z celkové ceny veřejné zakázky 77 826 000 Kč vč. DPH) uhradil z dotací poskytnutých statutárním městem Zlínem, městem Otrokovic a Ministerstvem dopravy.

Na druhou stranu také přihlédl k tomu, že porušení zákona užitím méně formálního postupu, než je předepsán, je jednání oslabující konkurenci na trhu veřejných zakázek, což je považováno za jedno z nejzávažnějších porušení tohoto zákona (pozn.: tedy i jím chráněných zájmů). Pochybení stěžovatele bylo podle něj o to závažnější, že se jej dopustil při zadávání nadlimitní veřejné zakázky, které jsou objektem směrnic Evropské unie a mají být co nejvíce otevřeny dodavatelům i z ostatních zemí (proto mj. zákonná povinnost uveřejnění v Úředním věstníku Evropské unie).

Žalovaný rovněž zvážil ve prospěch stěžovatele skutečnost, že při svém postupu byl veden ekonomickými důvody, nikoli *a priori* snahou vyloučit zcela postup podle zákona, a také splnil své informační povinnosti o zadání veřejné zakázky. Ohledně osoby stěžovatele uvedl, že poskytuje veřejnosti službu dopravní obslužnosti.

Předseda Úřadu, ačkoliv dodatečné náklady na údržbu a opravy, které by stěžovateli dle předloženého znaleckého posudku vznikly při dodání trolejbusů od jiného dodavatele, nepovažoval za kritérium podstatné pro aplikaci § 27 odst. 2 písm. b) ZVZ, vzal v úvahu

tuto informaci při snížení pokuty (na 500 000 Kč). Stěžovatel podle něho dostatečně prokázal, že ho k jeho postupu vedly „konkrétní ekonomické faktory a snaha o úsporu veřejných finančních prostředků“. Vedle toho však zdůraznil, že ekonomicky nejvýhodnější řešení svých potřeb je zadavatel povinen zajistit vždy pouze postupem podle zákona. V šetřeném případě není vyloučeno, že by zadavatel obdržel i výhodnější nabídku, pokud by připustil transparentní soutěž všech potenciálních uchazečů a skutečnosti, které vyplývají z předloženého znaleckého posudku, by zahrnul již do jejího zadání.

Nejvyšší správní soud, jak již bylo uvedeno výše, dal stěžovateli za pravdu v tom, že krajský soud při zkoumání námitky posuzování materiální stránky správního deliktu žalovaným nesprávně vyšel z konstatování naplnění formálních znaků deliktu. Nicméně, při dalším zkoumání této námitky (uváděné jak v kasační stížnosti, tak v žalobě) dospěl k závěru, že z tohoto hlediska není důvod pro zrušení rozhodnutí správního orgánu.

Posouzení společenské nebezpečnosti jako materiální stránky deliktu (ať již trestního nebo správního) má vyústit jednak ve zjištění, zda spáchaný skutek má být jako delikt posuzován a jednak ve stanovení druhu a rozsahu sankce (což také namítal stěžovatel). Předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu uvedl, že „zákon o veřejných zakázkách nespojoval spáchaní správního deliktu s existencí poškozeného či společenské nebezpečnosti jednání zadavatele. Stěžovatel podle něho porušil ZVZ tím, že pro zadání veřejné zakázky neoprávněně použil formu jednacích řízení bez uveřejnění, čímž podstatně ovlivnil hodnocení nabídek, neboť nepřipustil jejich soutěž. Na základě tohoto postupu pak stěžovatel uzavřel smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky, a tedy je zřejmé, že naplnil materiální znaky spáchaní správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. a) a b) ZVZ.“ V jiné části svého rozhodnutí (o výši pokuty) však uvážil okolnosti výše uvedené, a to poté, co přezkoumal důvody uváděné žalovaným v rozhodnutí prvního stupně (rovněž viz výše).

V obou správních rozhodnutích byla vzata v úvahu kritéria pro určení výše pokuty stanovená v § 105 odst. 1 ZVZ: „závažnost správního deliktu, zejména způsob jeho spáchaní a jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchan“. Při jejich posuzování správní orgán v podstatě uvážil i kritéria společenské nebezpečnosti a přestože v závěru z nich vyvodil toliko výši sankce, logicky tím nepřímou vyjádřil i závěr o existenci společenské nebezpečnosti posuzovaného jednání.

Je třeba uvést, že i kdyby se materiální stránkou zabýval žalovaný výslovně, nemohl by zvažovat jiné skutečnosti, než již učinil. I když je třeba podpůrně vycházet z § 3 odst. 4 trestního zákona, výčet zde uvedených hledisek nemůže být převzatý doslova; např. u právnických osob je zcela vyloučeno posuzování míry zavinění pachatele, neboť jejich odpovědnost za správní delikty je založena zásadně bez ohledu na zavinění (objektivní odpovědnost).

Konkrétně šlo tedy o tyto okolnosti: význam chráněného zájmu (žalovaný uvažoval jednak otázku dopadu na veřejné finance, a to jak z hlediska pozitivního: případné dodatečné náklady stěžovatele na údržbu a servis zboží, použití výše dotace, tak z hlediska negativního: zabránění soutěži více dodavatelů s možností zohlednění dodatečných nákladů v zadávacích podmínkách; zdůrazněn byl i evropský rozměr); následky protiprávního jednání (zabránění dodatečným nákladům, ovšem za cenu toho, že jiní potenciální dodavatelé nebyli připuštěni, tedy i možné nabídky nižší kupní ceny a výhodnějších podmínek dalších); pohnutky stěžovatele (snaha o minimalizaci dodatečných nákladů); osoba stěžovatele (poskytovatel veřejné služby s možností využívání dotací); okolnosti věci (přítěžující i polehčující).

Pojednání o této stížní námitce je tedy možno uzavřít; přestože žalovaný i krajský soud nesprávně konstatovali, že společenskou nebezpečnost není nutno v případě správního deliktu

zkoumat, ve skutečnosti tak žalovaný učinil a vyvozené závěry promítl do stanovené sankce, přičemž krajský soud jeho závěrům přisvědčil. Nesprávný právní výklad krajského soudu v tomto případě neovlivnil správnost a zákonnost výroku jeho rozhodnutí a částečné přitakání námítce stěžovatele proto nepostačuje pro zrušení napadeného rozsudku.

Stěžovatel dále namítal, že správní spis, s nímž mu bylo umožněno se seznámit, neobsahoval veškeré písemnosti důležité pro obranu jeho práv. Konkrétně se mělo jednat o podnět třetí osoby, na jehož základě žalovaný zahájil se stěžovatelem správní řízení a provedené šetření před zahájením řízení, složení rozkladové komise a její návrh na rozhodnutí o rozkladu. Stěžovatel v tom spatřoval porušení práva na spravedlivý proces zaručeného v čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

Stěžovatel tvrdil, že v důsledku postupu žalovaného neměl možnost seznámit se se všemi podklady rozhodnutí a nemohl ani namítat případnou podjatost pracovníků žalovaného. Žalovaný a krajský soud podle něho „legalizovali anonymitu udavačů, kteří z nejruznějších, často i sobeckých či zjištěných důvodů, nedůvodně zatěžují správní úřady udáními a zvyšují tak jak náklady státu, tak i účastníků, a to bez rizika případného regresu“. Kromě toho ani krajský soud neznal obsah dokumentů vzniklých před zahájením řízení, nemohl tedy ani rozhodnout o tom, že uvedené písemnosti nejsou součástí správního spisu.

Také u členů rozkladové komise byl stěžovatel oprávněn vznést námitku podjatosti, což vzhledem k neznalosti složení nemohl. Přitom návrhem této komise byl předseda Úřadu vázán. Stěžovatel zdůraznil, že utajení složení komise je zcela ojedinělou praxí, neboť ostatní správní orgány složení rozkladových komisí zveřejňují např. na svých webových stránkách, a to obecně i v jednotlivých věcech.

Stěžovatel nesouhlasil s právním názorem krajského soudu, že správní řád (ani zákon č. 71/1967 Sb., ani zákon č. 500/2004 Sb.) nestanovil, že by podnět k zahájení řízení měl být součástí správního spisu. Krajský soud dále uvedl, že správní řízení je zahájeno oznámením o zahájení řízení a teprve tímto okamžikem je správní orgán povinen vést správní spis a uvádět v něm všechny skutkové okolnosti. Návrh rozkladové komise nelze považovat za podklad rozhodnutí předsedy Úřadu a z tohoto důvodu také není podstatné složení komise.

Nejvyšší správní soud musí přisvědčit posledně uvedenému výkladu krajského soudu, přičemž odkazuje na svou dřívější judikaturu. V rozsudku ze dne 21.10.2004, čj. 2 A 11/2002 - 227 (publikovaném ve Sb. NSS pod č. 463/2005), uvedl, že „návrh rozkladové komise nepochybně je součástí správního spisu, avšak nelze jej chápat jako podklad ve smyslu § 33 odst. 2 správního řádu; naopak jde o návrh, který ze shromážděných podkladů při skutkovém hodnocení i právním posouzení případu vychází. Tomu odpovídá dikce zákona, který předvídá možnost vyjádřit se k podkladu pro vydání rozhodnutí a ke způsobu jeho zjištění; v případě návrhu rozkladové komise je to ovšem pojmově vyloučeno.“ Kromě citované právní věty zde kasační soud rovněž vyložil, že: „Rozkladová komise je toliko poradním orgánem a vedoucí ústředního orgánu státní správy není jejím návrhem vázán; rozhodným je proto jeho stanovisko, jež musí být v odůvodnění rozhodnutí náležitě uvedeno.“

Ani v nyní souzeném případě není třeba tento výklad měnit, a to ani s ohledem na to, že v mezidobí od vydání citovaného rozsudku vstoupil v účinnost nový správní řád (zákon č. 500/2004 Sb.). Na řízení před žalovaným v obou stupních dopadal stejný zákon (č. 71/1967 Sb.). Jen pro úplné vyčerpání stížní námítky je k tomu třeba dodat, že s ohledem na to, že návrh zpracovaný rozkladovou komisí měl toliko doporučující charakter, nemohla ani skutečnost, že stěžovatel neznal její složení, resp. obsah návrhu, zkrátit stěžovatele na jeho

právech. Bylo pouze na předsedovi Úřadu, do jaké míry se ztotožní s tímto návrhem; podstatné bylo, jaké závěry sám vyvodí. Ty jsou zřetelně seznatelné z odůvodnění jeho rozhodnutí.

Nedůvodné je také namítání nemožnosti seznámit se s podnětem třetí osoby, resp. s případnými úkony správního orgánu před zahájením správního řízení. Podle § 18 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., pokud se řízení zahajovalo z podnětu správního orgánu, bylo řízení zahájeno „*dnem, kdy tento orgán učinil vůči účastníku řízení první úkon*“. Zákon o veřejných zakázkách obsahoval speciální úpravu v § 96; v odst. 1 stanovil, že: „*Řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „řízení“) se zahajuje na písemný návrh (dále jen „návrh“) stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z vlastního podnětu orgánu dohledu*“, dle odst. 2: „*Zahajuje-li se řízení z podnětu orgánu dohledu, je řízení zahájeno dnem, kdy orgán dohledu učinil vůči účastníku řízení první úkon*“.

Zda zahájí řízení z vlastního podnětu, správní orgán zvažuje na základě nejrůznějších okolností, s nimiž je seznámen; může se tak stát např. v souvislosti s řízením v jiné věci, či z podnětu třetí osoby. Dojde-li k závěru, že jsou dány podmínky pro zahájení správního řízení, učiní tak zákonem stanoveným způsobem. Správní řízení takto zahájené pak pokračuje jako proces, jehož výsledkem obvykle je individuální správní akt, a v němž se osoby, jejichž práva a povinnosti se věc týká, podílejí na řízení a tvorbě obsahu rozhodnutí, k čemuž jsou vybaveny procesními právy a povinnostmi (*viz Hendrych D. a kol., Správní právo, obecná část, C. H. Beck, 2006, str. 340*). Veškeré úkony před zahájením správního řízení tedy slouží výhradně potřebám správního orgánu k jedinému účelu: vyhodnotit, zda zahájí správní řízení. V něm je pak povinen seznámit účastníka řízení se všemi podklady pro rozhodnutí. Které skutečnosti byly podkladem pro jeho rozhodnutí a jakými úvahami byl veden při hodnocení důkazů, musí uvést v odůvodnění rozhodnutí. Soudní řád správní stanoví povinnost soudu zrušit rozhodnutí napadené žalobou pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí.

V posuzovaném případě však rozhodnutí prvního i druhého stupně obsahovala dostatek odůvodnění, z nichž bylo zřejmé, na základě jakých podkladů byla vydána, a jsou zjevné i úvahy, jakými se žalovaný při rozhodování řídil při hodnocení důkazů. Z ničeho nevyplývá, že by kromě uvedených podkladů existovaly ještě nějaké další, které by nebyly výslovně v rozhodnutí uvedeny, a které by ovlivnily výsledek řízení.

Konečně poslední námitka stěžovatele směřovala proti nejednotné rozhodovací praxi žalovaného ve skutkově obdobných případech, kdy za srovnatelné jednání žalovaný uložil pokutu v řádech nižších, a se kterou se krajský soud nvyřádal. Stěžovatel v žalobě navrhol, aby spisy ve věcech jím uvedených žalovaný přiložil ke správnímu spisu ve věci nyní posuzované pro srovnání. Měla tím být podpořena jeho námitka překročení mezí správního uvážení při stanovení výše pokuty. Žalovaný nezohlednil podle stěžovatele polehčující okolnosti a pokud by tak učinil, stanovil by pokutu pouze v symbolické výši.

Tvrzení o nejednotnosti rozhodování žalovaného uvedl stěžovatel jako samostatný žalobní bod teprve v podání z 18. 9. 2006, tedy šest měsíců po podání žaloby a po uplynutí lhůty k žalobě (správní rozhodnutí bylo stěžovateli doručeno 24. 1. 2006). V žalobě samotné (doručené osobně podatelně krajského soudu dne 23. 3. 2006) stěžovatel rozváděl svou námitku ohledně nenaplnění materiální stránky správního deliktu, v níž mimo jiné uvedl, že žalovaný nechal při stanovení výše pokuty v úvahu fakt, že jednáním stěžovatele nebyl nikdo poškozen, a že stěžovatel jednal s péčí řádného hospodáře. V této souvislosti pouze poukázal na případ Diag Human, v němž Úřad uložil pokutu v řádech desítek tisíc korun „*za zjevné porušení zákona, kdy je navíc vedeno trestní řízení proti bývalé ministryni*“.

Teprve ve vyjádření k replice předsedy Úřadu k žalobě stěžovatel uvedl „nad rámec vyjádření“, že „na základě nových poznatků je sporné, zda žalovaný postupuje při svém rozhodování ve všech skutkově shodných a podobných případech stejně“ a navrhl, aby soud „jako srovnávací materiál vyžádal spisy společnosti EGO Zlín s. r. o., jakož i rozhodnutí ve věcech zakázek ministerstva obrany, např. na dodávky nákladních automobilů Tatra“.

V kasační stížnosti stěžovatel tuto námitku blíže rozvedl, uvedl nové konkrétní případy, v nichž žalovaný uložil pokutu za porušení zákona o veřejných zakázkách a namítl, že se krajský soud s touto námitkou nevypořádal. Kasační soud však ani tuto námitku neshledal důvodnou; krajský soud se tímto aspektem případu nezabýval, protože se jím zabývat nemohl. Z výše uvedeného vyplývá, že stěžovatel namítl rozdílný přístup žalovaného k udělování pokut ve srovnatelných případech teprve v novém žalobním bodu v podání dne 18. 9. 2006. Podle § 71 odst. 2 s. ř. s. však lze rozšířit žalobu o další žalobní body pouze ve lhůtě pro podání žaloby, která však v posuzovaném případě uplynula 24. 3. 2006. Krajský soud se proto nemohl touto námitkou zvláště zabývat pro její opožděnost.

Kasační stížnost je tedy nedůvodná, a protože v řízení nevyšly najevo ani žádné jiné vady, k nimž by musel přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), v souladu s § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. ji Nejvyšší správní soud jako nedůvodnou zamítl.

Stěžovatel nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť ve věci neměl úspěch, žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů příslušelo, náklady řízení nevznikly.

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

V Brně 31. srpna 2009

JUDr. Michal Mazanec, v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Anela Omerović, DiS