



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **Olomoucký kraj**, IČ: 60609460
sídlem Jeremenkova 1191/40a, 779 11 Olomouc
zastoupený advokátem Mgr. Janem Tejkalem
sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno

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

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R0113/2016/VZ-39894/2016/321/EDo

takto:

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

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 29. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R0113/2016/VZ-39894/2016/321/EDo, byl podle § 152 odst. 5 písm. b) a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítnut rozklad žalobce

a potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 23. 3. 2016, č. j. ÚOHS-S0045/2016/VZ-12003/2016/541/JCh. Tímto rozhodnutím žalovaný shledal, že se žalobce dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 30. 9. 2016 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a uložil mu pokutu ve výši 75 000 Kč. Správní delikt měl spočívat v tom, že žalobce jako zadavatel veřejné zakázky „Nemocnice Přerov – modernizace pavilonu operačních oborů“ (dále jen „předmětná zakázka“) nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 a § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť nevyřadil nabídku vybraného uchazeče PTÁČEK – pozemní stavby s. r. o. a nevyločil jej z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv jeho nabídka nesplnila požadavek stanovený v příloze č. 3 zadávací dokumentace, konkrétně obsahovala k položce č. 57 materiál odlišné tloušťky než zadavatelem požadované.

II. Obsah žaloby

2. Žalobce se domáhá zrušení správních rozhodnutí obou stupňů a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že žalovaný neposuzoval, zda nabízené plnění svým charakterem a užitnými vlastnostmi nenaplnuje parametry vymíněné zadavatelem, a napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné. Cena je srovnatelná s cenami nabízenými za položku ostatními uchazeči. Hodnotící komise správně posoudila nabídku tak, že splňuje požadavky stanovené v zadávací dokumentaci. Žalovaný si přivlastňuje pravomoc hodnotící komise posoudit odbornou otázku a navíc tuto odbornost nectí, neboť neuvádí, o které odborné argumenty se opírá. Teprve novela č. 55/2012 Sb. klade explicitní důraz na posouzení nabídek v podrobnostech výkazu výměru. Žalobce však realizoval zadávací řízení ještě před touto novelou. Tuto skutečnost však žalovaný nijak nezohlednil, ani jako polehčující okolnost. Porušení postupu dle § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách automaticky neznamená porušení některé ze zásad uvedených v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Hodnotící komise řádně posoudila nabídky a svůj závěr zanesla do zprávy o posouzení a hodnocení, kterou lze považovat za vyhotovenou v souladu se zásadou transparentnosti. Odůvodnění porušení této zásady je vnitřně rozporné a vede k absurdním důsledkům, kdy by porušení postupu dle § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách nutně implikovalo také porušení zásady transparentnosti. Zadavatel by se logicky dopustil souběhu správních deliktů. Shledala-li hodnotící komise položku č. 57 v nabídce v souladu se zadávací dokumentací, nemusela již rozvádět důvody, pro které tak učinila. Žalovaný dále nesprávně posoudil naplnění materiální stránky správního deliktu. Nelze tvrdit, že je naplněna již naplněním formálních znaků. Žalobce dodržel postup stanovený zákonem, a nemohl tak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Celková částka za spornou položku je marginální ve vztahu k nabídkové ceně vybraného uchazeče, přičemž uchazeč nenabídl horší než požadované plnění. Tyto okolnosti vylučují naplnění materiálního znaku správního deliktu. Postup žalovaného je nepřezkoumatelný a nezákonný. Žalovaný se dále nevypořádal s námitkou, že pokud by ke změně parametru došlo až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, nemohla by být tato změna považována za podstatnou změnu práv a povinností podle § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný také pochybil, jestliže nepřihlížel k východiskům nového zákon o zadávání veřejných zakázek, který nabyl účinnosti po doručení napadeného rozhodnutí a který je postaven na koncepci snížení nadbytečného formalismu.

III. Vyjádření žalovaného

3. Žalovaný ve svém vyjádření odkazuje na příslušné pasáže napadeného (potažmo prvostupňového) rozhodnutí a doplnil, že své rozhodnutí nepostavil na obecných skutkových zjištěních a naopak se zabýval konkrétně požadavkem na technický parametr (tloušťkou izolačního materiálu). Skutečnost, že daný parametr mohl žalobci vyhovovat, nemůže nic změnit na závěru ohledně nesplnění podmínek ze strany vybraného uchazeče. Porušení zásady transparentnosti neshledal žalovaný automaticky, ale s ohledem na konkrétní okolnosti případu. Akceptoval-li žalobce nabídku obsahující odlišný technický parametr, než požadoval v zadávací

dokumentaci, zadávací řízení zneřehlednil. Vliv na výběr nejvhodnější nabídky je dán tehdy, pokud zadavatel nevyloučí uchazeče, který nesplnil zadávací podmínky, a jeho nabídku dokonce vybere jako nejvhodnější a uzavře s ním smlouvu. Závěrem žalovaný navrhl, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

IV. Posouzení věci krajským soudem

4. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za splnění zákonných podmínek (§ 51 odst. 1 s. ř. s.).
5. Po přezkoumání žalobou napadeného rozhodnutí dospěl soud k závěru, že žaloba **není důvodná**.
6. Žalobce předně brojí proti závěru žalovaného o porušení § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný se podle něj měl zabývat odborným porovnáním charakteru a užitečných vlastností materiálu, což neučinil, a jeho rozhodnutí je proto nepřezkoumatelné.
7. Tato námitka není důvodná.
8. Dle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d). Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží.
9. Ustanovení § 76 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách pak ukládá zadavateli povinnost bezodkladně vyloučit z účasti v zadávacím řízení uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena.
10. Citovaná ustanovení tedy požadují, aby zadavatel vyřadil nabídku, která nesplňuje požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, a aby následně také vyloučil uchazeče, který tuto nabídku podal, z účasti v zadávacím řízení. Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 3. 6. 2015, č. j. 2 As 6/2015-38 (všechna zde citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), tyto následky nastávají bez ohledu na to, v jakém pořadí by se nabídka tohoto uchazeče při hodnocení nabídek umístila. V rozsudku ze dne 17. 8. 2017, č. j. 9 As 189/2016-32, dále zdůraznil, „že *žadavací řízení představuje formalizovaný postup, jehož nedodržení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče projevujícím se například i ve ztrátě příležitosti se o zakázku ucházet a následně ji plnit. Stejně jako zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, stejně tak uchazeč plně odpovídá za svou nabídku (viz obdobně např. bod [30] rozsudku LIFTMONT CZ [rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42], nebo bod [15] rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2015, č. j. 2 As 6/2015 – 38)*“.
11. Podle § 17 písm. l) zákona o veřejných zakázkách se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Není tedy pochyb o tom, že výkaz výměr, který je součástí zadávací dokumentace, představuje zadávací podmínky, které musí uchazeči plně respektovat. Nelze přisvědčit žalobci, že by tato skutečnost byla zřejmá až po novelizaci provedené zákonem č. 55/2012 Sb. Jak sám žalobce správně z důvodové zprávy dovozuje, jednalo se pouze o zpřesnění daného ustanovení návodným způsobem. To, že se § 76 odst. 1 vztahuje i na výkaz výměr, muselo být i před touto novelizací

zřejmé právě z § 17 písm. l) zákona o veřejných zakázkách. Jednoznačně v tomto případě nešlo o změnu právní úpravy. Žalovaný tedy nemohl tuto novelizaci jakkoliv zohlednit, zejména se nemohlo jednat o polehčující okolnost, neboť právní úprava byla i před danou novelizací jednoznačná.

12. Z citované judikatury přitom plyne, že k vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče musí vést jakákoliv odchylka nabídky od zadávací dokumentace, bez ohledu na to, jak se tato odchylka promítá do nabídkové ceny nebo do hodnocení nabídek (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 11. 2015, č. j. 4 As 179/2015-75). Stejně tak není rozhodný důvod, proč uchazeč podává nabídku v rozporu se zadávací dokumentací. Je lhostejné, zda se uchazeč pouze přehlédl, chce zadavateli nabídnout lepší materiál, technologii či postup, nabízí jiný materiál, protože je pro něj dostupnější či cenově výhodnější, nebo má za to, že zadavatelem uváděný parametr je nevhodný či diskriminující. V posledně uvedeném případě má uchazeč podat proti zadávacím podmínkám námitky, nikoliv bez dalšího zadávací podmínky nerespektovat a předložit nabídku, která se zadávacími podmínkami není v souladu.
13. Tento vysoce formalizovaný přístup není samoučelný. Uchazeči totiž musí mít shodnou startovní pozici a musí si být předem jisti, že jejich nabídka bude porovnávána s nabídkami, které byly podány za shodných podmínek. Nelze připustit, aby zadavatel některé odchylky oproti zadávací dokumentaci připouštěl, neboť by to vedlo k zneprůhlednění zadávacího řízení, nepředvídatelnosti, které parametry nebude považovat zadavatel za až tak striktní, a v konečném důsledku k tomu, že nabídky budou vzájemně neporovnatelné. Uchazeči by netušili, co vše si mohou oproti zadávacím podmínkám ve své nabídce přizpůsobit, co bude zadavatel ještě akceptovat a co nikoliv.
14. Jestliže nabídka nevyhovuje zadávací dokumentaci byť v jediném parametru jediné (jakkoliv marginální) položky, musí být vyřazena. To, že nabídka vítězného uchazeče v projednávané věci v jednom z parametrů jedné položky zadávacím podmínkám nevyhověla, je přitom zcela zřejmé. Požadovala-li zadávací dokumentace v případě položky č. 57 „*deska minerální izolační tl. 100 mm OP-A2^c*“ a uchazeč ve své nabídce pod položkou č. 57 uvedl „*Lamely izolační ISOVER NF 333 1000x333 tl. 120 mm^c*“, nemá soud žádné pochybnosti o tom, že se nabídka od zadávací dokumentace liší v technickém parametru, kterým je tloušťka izolačního materiálu.
15. Nelze přitom souhlasit se žalobcem, že by žalovaný vycházel pouze z obecných skutkových zjištění. Výše popsané zjištění je zcela konkrétním hodnocením porovnání technického parametru požadovaného a nabízeného materiálu. Toto hodnocení je srozumitelné a zcela správné, přičemž pro něj není zapotřebí žádných specifických odborných znalostí, kterými by žalovaný nedisponoval. Pro toto hodnocení tedy nebylo potřeba například ustanovit znalce.
16. S ohledem na toto zjištění by bylo zcela nadbytečné zkoumat, zda nabízený izolační materiál svým charakterem a užitnými vlastnostmi odpovídá položce č. 57 dle zadávací dokumentace. I kdyby tomu tak bylo, musel by žalovaný shledat, že nabídka v této položce zadávací dokumentaci neodpovídá. Tloušťka materiálu byla zadavatelem (žalobcem) nastavena zcela jednoznačně jako fixní parametr. Domnívá-li se nyní žalobce, že tento parametr vlastně pro něj nebyl podstatný, neměl jej do zadávacích podmínek zakomponovat. Domníval-li se naopak vítězný uchazeč, že tento parametr je nevhodný či diskriminační, měl podat proti zadávacím podmínkám námitky. V každém případě je to právě zadavatel, kdo odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek. Nemůže se proto posléze dovolávat toho, že sám zadávací podmínky nastavil nevhodně.
17. Žalovaný si porovnáním jednoznačného parametru uvedeného v zadávacích podmínkách na straně jedné a v nabídce vítězného uchazeče na straně druhé rozhodně neosoboval pravomoc hodnotící komise. Žalovaný jednoduše posuzoval jedno technické kritérium, které bylo zadavatelem nastaveno zcela jednoznačně a pro jehož porovnání nepotřeboval žádné zvláštní odborné znalosti. Hodnotící komise může mít jistě v určitých otázkách prostor pro uvážení (viz

např. žalobcem zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009 – 100), nicméně tento prostor není neomezený. Hodnotící komise nesmí vybočit jednak ze zákonných mantinelů, jednak z mantinelů, které nastaví samotná zadávací dokumentace. Tam, kde zadávací dokumentace nedává prostor pro uvážení a stanoví zcela konkrétní kritérium, nemůže hodnotící komise dospět k závěru, že se toto kritérium neuplatní. Jestliže tedy žalovaný shledal, že nabídka vítězného uchazeče v případě položky č. 57 nevyhovovala co do tloušťky nabízeného materiálu (120 mm oproti v zadávací dokumentaci požadované tloušťce 100 mm), rozhodně nijak nenahradil správní uvážení hodnotící komise. Jestliže hodnotící komise dospěla k závěru opačnému (bez ohledu na to, zda jej vyjádřila explicitně), dospěla k závěru jednoznačně nesprávnému a vybočila z mezí daných jí zadávací dokumentací.

18. Dále žalobce brojí proti závěru žalovaného, že porušil vedle shora uvedených ustanovení také zásadu transparentnosti.
19. Ani tato námitka není důvodná.
20. Podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
21. Požadavek na transparentnost je klíčovým atributem celého zadávacího řízení. Smyslem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Jinak by v zadávacím řízení nemohlo být dosaženo „obecně objektivního postupu“, jak jej coby promítnutí zásady transparentnosti jako „vůdčí zásady pro zadávací řízení“ ve velmi instruktivní sumarizaci dosavadní rozhodovací činnosti Soudního dvora rekapitulovala generální advokátka Stix-Hackl ve svém stanovisku ze dne 12. 4. 2005 ve věci C-231/03 (dostupné na www.curia.europa.eu). Všem uchazečům o veřejnou zakázku se musí dostat záruk postavených na garanci odpovídajícího stupně publicity zadávacího řízení (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 11. 2008 ve věci C-324/07; dostupný na www.curia.europa.eu).
22. Se žalobcem lze souhlasit v tom, že porušení této zásady rozhodně nemůže být automatickým důsledkem porušení postupu dle § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách. Nelze však již se žalobcem souhlasit v tom, že by žalovaný takovouto automatickou příčinnou souvislost konstatoval. Žalovaný se naopak zabýval konkrétními okolnostmi případu a zejména poukazyval na skutečnost, že uchazeč, který měl být vyloučen, se stal uchazečem vítězným a žalovaný s ním uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku. Nedošlo tedy „pouze“ k formálnímu porušení § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách, který by se nijak materiálně neprojevil do dalšího postupu žalobce. Žalobce nabídku nejenže nevyločil, nýbrž na základě ní také uzavřel smlouvu a pro ostatní uchazeče tak učinil zadávací řízení zcela nepředvídatelné, neboť zákonitě nemohli očekávat, že by taktéž mohli své nabídky v některých parametrech oproti zadávací dokumentaci upravit. I kdyby šlo skutečně pouze o marginální změnu oproti zadávacím podmínkám, jak tvrdí žalobce, v každém případě připouštění takovýchto marginálních změn vede k zneprůhlednění průběhu zadávacího řízení, neboť drobné úpravy vedou v konečném důsledku k tomu, že uchazeči podávají nabídky, které nejsou vzájemně porovnatelné. Postavení takových nabídek naroveň, jak učinil žalobce, tak není a z povahy věci ani nemůže být transparentní. Žalobce přitom připuštěním nabídky vítězného uchazeče nejenže takovouto možnost připustil, ale fakticky zadávací řízení zneprůhlednil, neboť vybral jako nejvhodnější nabídku, která nebyla v souladu se zadávacími podmínkami. Krajský soud se proto ztotožňuje s hodnocením žalovaného, že žalobce porušil taktéž zásadu transparentnosti, přičemž tento závěr není prostým automatickým důsledkem porušení postupu dle § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách.
23. I kdyby hodnocení zachycené ve zprávě hodnotící komise působilo transparentně, jak tvrdí žalobce, neznamenalo by to, že celé zadávací řízení transparentně proběhlo. Dokonce i v případě, že by hodnotící komise transparentně, explicitně a podrobně rozvedla, proč daný konkrétní

parametr považuje v případě dané nabídky za odpovídající zadávací dokumentaci, došlo by k porušení zásady transparentnosti postupem zadavatele (nikoliv toliko postupem hodnotící komise), neboť by stále bylo zcela nepředvídatelné, v jakých položkách a v jaké míře by byly odchylky oproti zadávací dokumentaci přípouštěny. Zásada transparentnosti se nevyčerpává transparentním průběhem hodnocení a zaznamenáním hodnocení ze strany hodnotící komise. Proto také soud neshledává odůvodnění napadeného rozhodnutí v této otázce za vnitřně rozporné (pokud snad žalobce dovozuje vnitřní rozpornost argumentace žalovaného z toho, že slovu „tacitně“ přisuzuje význam „nevědomě“, pak soud pouze na okraj poznamenává, že slovo „tacitně“ bylo žalovaným zjevně použito ve smyslu „mlčky“).

24. Obecně lze pochopitelně souhlasit s tvrzením žalobce, že hodnotící komise nemusí u každé položky každé nabídky rozvádět důvody, proč shledává nabídku souladnou se zadávací dokumentací. Závěr o souladu je ve zprávě hodnotící komise obsažen implicitně, nicméně žalovanému přísluší posoudit, zda je tento závěr hodnotící komise správný. Jak bylo uvedeno výše, posouzení souladu nabídky se zadávacími podmínkami ve zcela konkrétně stanoveném kritériu není věcí volného uvážení hodnotící komise. Soud opakuje, že porušení zásady transparentnosti nebylo primárně důsledkem absence uvedeného hodnocení ve zprávě hodnotící komise, nýbrž důsledkem celkového postupu žalobce, který nevyřadil vadnou nabídku, nevyločil uchazeče, který tuto nabídku podal, a nakonec s tímto uchazečem uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.
25. Pro úplnost soud dodává, že porušením jak § 76 odst. 1 a 6, tak § 6 zákona o veřejných zakázkách se žalobce nedopustil souběhu dvou správních deliktů. Žalobce naplnil toliko jedinou skutkovou podstatu vyjádřenou v § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Naplnil-li jedinou skutkovou podstatu správního deliktu jediným jednáním, o souběh správních deliktů se nemůže jednat, a to bez ohledu na to, že daná skutková podstata by byla naplněna i tehdy, porušil-li by žalobce samostatně § 76 odst. 1 a 6 zákona o veřejných zakázkách, nebo naopak samostatně § 6 zákona o veřejných zakázkách.
26. Soud nepřisvědčil ani námitce žalobce, že v daném případě nebyla naplněna materiální stránka správního deliktu (respektive že se žalovaný materiální stránkou dostatečně nezabýval).
27. Předně soud považuje za nutné poznamenat, že žalovaný nebyl povinen se v odůvodnění správních rozhodnutí explicitně zabývat naplněním materiální stránky posuzovaného správního deliktu. Je sice pravdou, že k trestnosti správního deliktu nepostačuje pouhé naplnění formální stránky dané skutkové podstaty, ale vyžaduje se, aby takové jednání vykazovalo i určitou společenskou škodlivost, tj. naplnění materiální stránky správního deliktu. Dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu však není nutné, aby se správní orgány otázkou naplnění materiální stránky daného správního deliktu vždy explicitně zabývaly i v odůvodnění svých rozhodnutí. Podle rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 12. 2009, č. j. 5 As 104/2008-45, nebo ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 14/2011- 62, v zásadě platí, že v případě správních deliktů je jejich materiální stránka dána již samotným naplněním skutkové podstaty deliktu. „*Až ve chvíli, kdy se jedná o případ, v němž je sporné, zda konkrétní společenská nebezpečnost dosahuje ani minimální hranice typové nebezpečnosti, je nezbytné, aby se správní orgán zabýval materiální stránkou správního deliktu i v odůvodnění svého rozhodnutí.*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 8. 2012, č. j. 9 As 34/2012 Sb.)
28. V průběhu správního řízení přitom pochybnosti o naplnění materiální stránky správního deliktu nenastaly a žalobce žádné pochybnosti v průběhu celého správního řízení (ani v rámci odvolání) nevznsl. Napadené rozhodnutí tudíž v této části z povahy věci nemůže trpět nepřezkoumatelností.
29. Z odůvodnění prvostupňového i napadeného rozhodnutí je navíc zřejmé, že žalovaný (resp. jeho předseda) i přesto fakticky hodnocení materiální stránky posuzovaného správního deliktu provedl.

30. Materiální stránka deliktu spočívá v ohrožení či porušení zájmu chráněného zákonem, a odvíjí se tedy od cíle příslušné zákonné normy a jeho naplnění či nenaplnění v souvislosti s deliktním jednáním. Touto problematikou se přitom, byť stručně, zabýval jak žalovaný v bodě 73 prvostupňového rozhodnutí, tak předseda žalovaného v bodě 33 napadeného rozhodnutí. V těchto částech byl vyjádřen a odůvodněn závěr o tom, že byla narušena hospodářská soutěž, přičemž právě nerušené konkurenční prostředí a férová otevřená soutěž o veřejnou zakázku jsou oním zájmem chráněným § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Jak žalovaný správně upozornil, v případě daného správního deliktu postačovalo ohrožení právem chráněného zájmu (postačuje, že zadavatel svým postupem mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky – jde o delikt ohrožovací). V posuzované věci se žalobce navíc dopustil jeho narušení, neboť uzavřel smlouvu s uchazečem, jehož nabídka měla být vyřazena. Ani soud proto nemá pochybnosti o naplnění materiální stránky deliktu.
31. Společenskou škodlivost (tj. materiální stránku správního deliktu) nelze hodnotit toliko z pohledu toho, že nesoulad nabídky se zadávací dokumentací byl podle žalobce toliko marginální, nespočíval v nabídnutí horšího materiálu a nepromítl se zásadně do nabídkové ceny. Škodlivost spočívá již v připuštění nepřehledného vývoje zadávacího řízení, v němž budou některé odchylky oproti zadávacím podmínkám akceptovány a jiné nikoliv, přičemž nebude předem možné určit, v jaké míře se mohou nabídky od zadávacích podmínek lišit. Již takový stav je společensky škodlivý. Na tomto místě lze opět odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 As 189/2016-32 a závěry zdejšího soudu na něj navazující. Zadávací řízení je procesem formalizovaného charakteru, jenž je nutné pro zajištění transparentnosti a celkové zákonnosti striktně následovat. Zdejší soud zdůrazňuje, že konečným důsledkem v projednávané věci není toliko marginální odchylka uzavřené smlouvy od původních zadávacích podmínek, nýbrž skutečnost, že smlouva byla uzavřena s uchazečem, s nímž uzavřena být neměla. Takový důsledek je zcela zásadní a rozhodně nelze hovořit o marginálii. Nelze proto souhlasit s tvrzením žalobce, že nemohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Naopak žalobce tento výběr svým nezákonným postupem jednoznačně ovlivnil.
32. Soud nesouhlasí ani s námitkou žalobce, že se žalovaný nevypořádal s jeho argumentací, že pokud by ke změně parametru došlo až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, nemohla by být tato změna považována za (nepřípustnou) podstatnou změnu. Žalovaný zcela správně poukázal na skutečnost, že tato hypotetická varianta nenastala, a proto ji není třeba posuzovat. Soud pouze dodává, že striktnost určitých zákonných požadavků nemůže být rozmělněna poukazem na to, že v jiných situacích zákon tak striktní není. Jelikož se skutečně jedná o hypotetickou otázku, nemůže soud podrobněji posoudit, a není ani na místě, aby tak činil, zda by žalobcem předestřená změna smlouvy byla skutečně možná, neboť toto posouzení by se odvíjelo od konkrétních okolností případu. Pokud se snad žalobce snaží poukázat na to, že zákonný požadavek na striktní soulad nabídky se zadávací dokumentací lze obejít následnou změnou již uzavřené smlouvy, pak je nutno zdůraznit, že obcházení zákona rozhodně nelze považovat za postup v mezích zákona. Jednak takový postup může znamenat porušení základních zásad, na nichž je postavena právní úprava zadávání veřejných zakázek, jednak může mít také soukromoprávní důsledky. Jinými slovy, právní úprava sice může být chápána jako benevolentnější v případě změny uzavřených smluv oproti požadavku na soulad nabídky se zadávací dokumentací, nicméně jednak z této skutečnosti nelze dovozovat, že by na uvedeném požadavku nemělo být striktně lpěno, jednak tato odlišnost neznamená, že na první pohled benevolentnější právní úprava je také vstřícnější vůči jednání, které fakticky představuje obcházení zákona.
33. Žalovaný také nijak nepochybil, jestliže údajně nepřihlížel k východiskům nového zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. V prvé řadě nejde o příznivější pozdější zákon ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod už proto, že se nejednalo v době rozhodování žalovaného o zákon účinný (účinnosti zákon nabyl 1. 10. 2016). Kromě toho

žalobce tvrdí příznivost této úpravy pouze v obecné rovině a nepoukazuje na žádné konkrétní ustanovení, které by znamenalo, že podle této nové právní úpravy by jeho jednání již nebylo sankcionovatelné, potažmo by bylo sankcionovatelné méně přísně. Pouhý poukaz na to, že nový zákon je postaven na východisku menšího formalismu neznamená, že toto východisko se projeví také v rozmělnění základního požadavku na to, aby nabídka odpovídala zadávací dokumentaci [srov. přitom § 48 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.].

34. Pouze pro úplnost soud dodává, že k hodnocení, které žalobce vnímá jako formalistické, v posuzované věci dochází pouze a jen z toho důvodu, že sám nastavil podmínky zadávací dokumentace natolik podrobně, že nepřipustil v některých ohledech být jen formální odchylky. Jestliže *ex post* připouští, že parametr tloušťky izolačního materiálu pro něj nebyl rozhodující a mohl být pro něj naopak výhodnější i materiál jiné tloušťky, nemůže vytýkat nikomu jinému než sobě, že tento parametr do zadávacích podmínek zakomponoval, a to v takto striktní podobě (jako fixní hodnotu, nikoliv např. jako minimální hodnotu či interval hodnot).

V. Shrnutí a náklady řízení

35. Krajský soud na základě shora provedeného posouzení neshledal žalobu důvodnou, a proto ji ve smyslu § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
36. O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu § 60 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl na věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V dané věci neúspěšný žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení a úspěšnému žalovanému v souvislosti s tímto řízením žádné náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, proto jemu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí 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 3. července 2018

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v. r.
předsedkyně senátu